Digitized by Google

J. germ.

End

Digitized by Google

<36615137530019

<36615137530019

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preussisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Zweiter Jahrgang.

Arnsberg, 1836

bei L. A. Ritter.

193 - 69.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Hofgerichtsrath K. J. Ulrich,

Justiz-Kommissionsrath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Oberlandesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Zweiter Jahrgang.

Erstes Heft.

Arnsberg, 1835

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Jahrgangs.

Seite

I. Ueber die Transmission der Vertragsrechte. Nach gemeinem deutschen Privatrechte und nach Preußischem Rechte. Von Sommer 1

II. Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts, herausgegeben von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. 2ten Bandes 1s Heft. Recension von Sommer (Beschluß.) 15

III. Ueber die Folgen der unterlassenen gerichtlichen Regulirung des Altentheils. Abhandlung mit drei Rechtsfällen von Sommer 30

IV. Ist der Verkäufer nach Preußischem Recht allgemein berechtigt, den Kauf-Contract für den Fall, daß der Käufer den Kaufschilling nicht bei der Uebergabe zahlt, aufzuheben? Von Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar K. G. Korte in Hamm 63

V. Von dem Rechte der von dem gütergemeinschaftlichen Vermögen abgefundenen Kinder auf den Nachlaß der Eltern, besonders auf den Nachlaß des vestorbenen parens. Von Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar K. G. Korte in Hamm 73

VI. Ueber die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder. Von Sommer 78

VII. Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge. Abhandlung und Rechtsfälle von Sommer 90

Cap. I. Geschichtliche Einleitung.
Cap. II. Heimfallsrechte des Gutsherrn.
Cap. III. Einfluß des Heimfallsrechtes auf die bäuerliche Erbfolge.
Cap. IV. Einiges über die Untheilbarkeit der Bauerngüter.

VIII. Die Hypothek nach Preußischem Recht, als ein selbstständiges dingliches, nicht accessorisches, Recht betrachtet, mit Rücksicht auf das Recognitionssystem. Von Fr. Th. Boele 172

IX. Welche Gesetze entscheiden nach den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts über die Intestaterbfolge in Immobilien? Von Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Gustav Cappell in Hamm 189

Digitized by Google

Seite

X. Ueber Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen. Erster Beitrag: Verbindlichkeit des Colonatsauffolgers zur Abtragung der Schulden und Zahlung der Abfindungen, in besonderer Rücksicht auf Uebertrags-Verträge. Von Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Piners in Arnsberg 201

XI. Zeitschrift für Theorie und Praxis des Preußischen Rechts in seinem ganzen Umfange, herausgegeben von Dr. Joh. Fr. Ludw. Bobrik und Dr. Heinr. Friedr. Jacobson. Ersten Bandes 1stes Heft. Recension von Sommer 223

XII. Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten. Von Sommer 233

XIII. Ministerial-Rescript über die Unstatthaftigkeit von Subhastation oder Auktion gutsherrlicher Renten. Mitgetheilt von Sommer 251

XIV. Inwiefern Private Staatsschuldscheine als Caution anzunehmen schuldig sind? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 255

XV. Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister, herausgegeben von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. 3r Band. Recension von Sommer . 261

XVI. Ueber das Recht am Hofes-Gehölze in Westphalen, und zwar:

I. Ob der Gutsherr bis zur Auseinandersetzung Eigenthums- und Anweisungs-Rechte an den Holzungen habe?

II. Ob er bis zur Auseinandersetzung das Fällen der zerstreut stehenden Bäume hindern könne?

III. Inwiefern Bäume für zerstreut stehende im Gegensatze gegen die Holzungen zu halten?

IV. Ob dem Gutsherrn auch an den Marken-Abfindungs-Antheilen der Colonate Nutzungs-Rechte zustehen?

Zwei Rechtsfälle, mit Einleitung von Herrn Land- und Stadtgerichts-Direktor Evelt in Dorsten . . 280

XVII. Die Statutarrechte des Herzogthums Westfalen. Von Herrn Justiz-Amtmann J. S. Seibertz zu Brilon. (Fortsetzung.) 297

XVIII. Ueber die Zulässigkeit des Wechsel-Prozesses gegen Standesherrn. — Minist. Resc. vom 16. Mai 1835. (Zur Erläut. von A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 726.) Mitgetheilt von Sommer 352

Digitized by Google

Seite

XIX. Ob bei wechselseitigen Testamenten der Eheleute gemeinrechtlich, daß sie correspectiv, somit nach dem Tode des einen Gatten unwiderruflich seyen, zu vermuthen, wenn sie ihr unter dem Rechtsverhältniß partikulärer Gütergemeinschaft stehendes Vermögen für rein gemeinschaftlich erklären, und jeder Ehegatte dem überlebenden den Nießbrauch zuwendet, rücksichtlich der Substanz seiner Hälfte aber zum Besten seiner Verwandten testirt? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 357

XX. Ob, wenn Landesgesetze das Vorrecht des Gutsherrn für rückständige Gefälle im Concurse auf einen dreijährigen Rückstand einschränken, diese Einschränkung auch auf Kaufgelder-Vertheilungs-Streitigkeiten außer dem Concurse Anwendung finde? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer . . 361

XXI. Rechtsfall über die Frage: ob der Anspruch auf Gewährleistung auch dann, wenn die Sache selbst oder ein Theil ihrer Substanz evinzirt worden, den kurzen Verjährungsfristen der §§. 343. 344. A. L. R. I. 5. unterliegt. Mitgetheilt von Boele . . 362

XXII. Sieben Sätze in Bezug auf Preußens transitorische Rechts-Gesetzgebung vom Jahre 1833 zu Veranlassung einer wissenschaftlichen Kritik derselben, aufgestellt von K. W. Kayser. Recension v. Sommer 369

XXIII. Ueber das Princip der neuen Preußischen Gesetzgebung und dessen Einfluß auf das Prozeßrecht; mit Hinsicht auf die Verordnungen vom 1. Juni und 1. Decbr. 1833. (Fortsetzung.) Von Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich 377

XXIV. Ueber die Vertheilung des pignus praetorium des §. 23. der I. Verordnung vom 4. März 1834 in dem Falle, wenn schon ältere Hypotheken auf mehrere Grundstücke solidarisch eingetragen sind. Von Sommer 393

XXV. Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts, herausgeg. von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. Zweiter Band, 2s Heft. Recension von Sommer 401

XXVI. Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister, herausgeg. von A. H. Simon und H. L. von Strampff. (Schluß der im vorigen Hefte abgebrochenen Recension.) Von Sommer 416

Digitized by Google

Seite

XXVII. Die von den Vormündern Namens ihrer Pflegbefohlenen abgegebenen Willenserklärungen und geschlossenen Verträge sind auch ohne obervormundschaftliche Bestätigung gültig, wenn die Gesetze diese nicht ausdrücklich zur Gültigkeit des Geschäfts vorschreiben. Abhandlung nebst Rechtsfall von Hrn. Oberl.-Ger.-Assessor Piners in Arnsberg 437

XXVIII. Nachtrag zu der Abhandlung im ersten Hefte Nr. VII., über Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge. Mit 4 Beilagen. Von Sommer . 445

XXIX. Die Bestimmung bei der Verleihung von Leib- oder Zeitgewinn-Gütern, daß nach abgelaufener Pachtzeit der Pachter oder dessen Erben zur Pachtung oder zum Gewinn die nächsten seyn sollen, involvirt Erbrecht. Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt und eingeleitet von Sommer . . . 464

XXX. Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Preußischem Recht. Von Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Korte in Tecklenburg . 476

XXXI. Kann der Nachbar schon dann den Bau eines neuen Gebäudes untersagen, wenn er nicht durch das ganze ungeöffnete Fenster den Himmel erblicken kann? Rechtsfall, mitgetheilt von Boele. Nebst Nachwort 517

XXXII. Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuterung der Kurkölnischen Rechts-Ordnung. Von Herrn Land- u. Stadtgerichts-Direktor Evelt in Dorsten 536

XXXIII. I. Die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westphalen nebst ihrer rechtlichen Entwickelung und Begründung, aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Drei Bände.

II. Die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenberg in Westphalen, nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung, aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Zwei Bände. Recension von Sommer 545

XXXIV. Das positive Privatrecht in Fragen, Antworten und Tabellen 1. nach dem Römischen Rechte;

Digitized by

Seite

II. nach dem Gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, und III. nach dem Allgemeinen Landrechte für die Königlich Preuß. Staaten; als Leitfaden für die Rechtskandidaten Behufs ihrer Vorbereitung zur Prüfung von Anton August Bernhard, Königl. Preuß. Patrimonialrichter in Oberschlesien. 1s Heft. Recension von Sommer 549

XXXV. Ueber Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen. Zweiter Beitrag. Von Hrn. Ober-Landesgerichts-Assessor Piners in Arnsberg 551

XXXVI. Verträge über das Eigenthum an Immobilien von nicht über 50 Thlr. nnterliegen nicht unbedingt, sondern in der Regel gar nicht der schriftlichen Form. Von Sommer . . . 599

XXXVII. 1) Ob der Vorbehalt des Eigenthums den Verkäufer zur Aufhebung des Vertrages selbst berechtiget, oder
2) welche sonstige Rechtsverhältnisse die Ausübung jenes Vorbehalts herbeiführe.
Rechtsfall mit Abhandlung von Sommer. . 614

XXXVIII. Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht. Von Fr. Th. Boele 627

XXXIX. Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuterung der Kurkölnischen Rechts-Ordnung. Von Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor Evelt in Dorsten. (Beschluß.) 652

XL. Ob Handlungsgesellschafter, zwischen denen nur ein mündlicher Societäts-Contract besteht, Dritten aus Verträgen einzelner Gesellschafter verhaftet seyen? Rechtsfall und Abhandlung von Sommer 674

XLI. Geschichte der französischen Gerichts-Verfassung vom Ursprung der Fränkischen Monarchie bis zu unsern Zeiten. Aus den Quellen und besten Schriftstellern dargestellt von Joh. Paul Brewer, Professor der Physik zu Düsseldorf. Erster Theil. Recension von Sommer 679

XLII. Ob eine unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begründete Verletzungsklage des Verletzers nach Einführung des allgemeinen Land-

Digitized by Google

Seite

rechts in den kurzen Fristen der landrechtlichen Verletzungsklage des Käufers verjähre? Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer . . . 683

XLIII. Ob im Herzogthum Westphalen jeder Eingesessene der keine alte Sohlstätte besitzt, als Beilieger der Gemeinde zu einer jährlichen Abgabe von 2 Thlr. verhaftet, oder ob diese Abgabe nur ein fixirter Beitrag zu den Communallasten sey, so, daß sie wegfalle, wo der Eingesessene zu den Communallasten selbst beiträgt? Rechtsfall, mitgetheilt und eingeleitet von Sommer . . . 695

XLIV. Ueber Ehesachen und insbesondere Ehescheidungen, uneheliche Vaterschaft, Stuprum und Bordelle, in Beziehung auf Gesetzgebung und anderweite obrigkeitliche Behandlung. Ein Beitrag zur Revision des Preußischen Allgem. Landrechts. Von F. v. G.

„Dein Reich komme."

„Dein Wille geschehe wie im Himmel, also auch auf Erden."

Recension von Sommer 700

XLV. Die Hypothek des Eigenthümers. Ein Versuch über den §. 52. des Anhanges zum Allgemeinen Preußischen Landrecht und die Declaration vom 3. April 1824. Von Albert Friedr. von der Hagen, Dr. der Philosophie, Königl. Preuß. Ober-Landesgerichts-Assessor. Arnsberg, 1836. Bei A. L. Ritter. Recension von Sommer 704

XLVI. Handbuch des Preuß. Privatrechts, als zweiter Theil des Handbuchs des Preuß. Civilrechts. Von Temme, Königl. Kreis-Justiz-Rath und Mitglied des literarischen Vereins der Grafschaft Mark (jetzt Director des Inquisitoriats zu Stendal). Recension von Sommer . . 717

Digitized by Google

Inhalt des ersten Heftes

zweiten Jahrgangs.

Seite

I. Ueber die Transmission der Vertragserbrechte. Nach gemeinem deutschen Privatrechte und nach Preußischem Rechte. Von Sommer 1

II. Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts, herausgegeben von A. H. Simon, Geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe, und H. L. von Strampff, Kammergerichts-Rathe. 2ten Bandes 1s Heft. Berlin, in der Nicolaischen Buchhandlung 1834. gr. 8. S. 227. Recension von Sommer. (Beschluß.) 15

III. Ueber die Folgen der unterlassenen gerichtlichen Regulirung des Altentheils. Abhandlung mit drei Rechtsfällen von Sommer 30

IV. Ist der Verkäufer nach Preußischem Recht allgemein berechtigt, den Kauf-Contract für den Fall, daß der Käufer den Kaufschilling nicht bei der Uebergabe zahlt, aufzuheben? Von Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar K. G. Korte in Hamm 63

V. Von dem Rechte der von dem gütergemeinschaftlichen Vermögen abgefundenen Kinder auf den Nachlaß der Eltern, besonders auf den Nachlaß des verstorbenen parens. Von Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar K. G. Korte in Hamm 73

VI. Ueber die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder. Von Sommer 78

Digitized by Google

Seite

VII. Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge. Abhandlung und Rechtsfälle von Sommer 90

Cap. I. Geschichtliche Einleitung.
Cap. II. Heimfallsrechte des Gutsherrn.
Cap. III. Einfluß des Heimfallsrechtes auf die bäuerliche Erbfolge.
Cap. IV. Einiges über die Untheilbarkeit der Bauerngüter.

VIII. Die Hypothek nach Preußischem Recht, als ein selbstständiges dingliches, nicht accessorisches, Recht betrachtet, mit Rücksicht auf das Recognitionssystem. Von Fr. Th. Boele 172

IX. Welche Gesetze entscheiden nach den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts über die Intestaterbfolge in Immobilien? Von Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Gustav Cappell in Hamm 189

X. Ueber Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen. Erster Beitrag: Verbindlichkeit des Colonats-Auffolgers zur Abtragung der Schulden und Zahlung der Abfindungen, in besonderer Rücksicht auf Uebertragsverträge. Von Herrn Hofgerichts-Assessor Piners in Arnsberg 201

XI. Zeitschrift für Theorie und Praxis des Preußischen Rechts in seinem ganzen Umfange, herausgegeben von Dr. Joh. Friedr. Ludw. Bobrik, Königlich Preuß. Tribunalrathe, der Königl. deutschen Gesellschaft zu Königsberg ordentl. Mitgliede, und Dr. Heinr. Friedr. Jacobson, Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Königsberg. 1sten Bandes 1s Heft. Marienwerder 1834, bei A. Baumann. gr. 8. VI. 234 S. Recension von Sommer . . 223

Digitized by Google

I.

Ueber die Transmission der Vertragserbrechte. Nach gemeinem deutschen Privatrechte und nach Preußischem Rechte.

Von

Sommer.

1.

Der altgermanische Satz, daß das durch den Tod des Erblassers angefallene Recht ohne weiteres transmittirt werde, ist jetzt unbestritten.[1]) Bekanntlich ist im Preußischen Rechte dieser Grundsatz allgemein bei Erbschaften

[1]) Siehe von den neueren Rechtslehrern Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 342. I. Auflage, (§. 344. II. Auflage.) Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, §. 403. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts, §. 575. Der Satz kommt schon in den gegen 1161. gesammelten Statuta Pisana (f. 145 des Manuscripts auf der Berliner Bibliothek) vor: „Eo etiam excepto, ut hereditatem ad aliquem a quocunque ex testamento

durchgeführt. [2]) Eine ganz andere Frage ist aber die, ob die Rechte des Vertrags-Erben, der den Vertrags-Erblasser nicht überlebt hat, auf jenes Erben übergehen. Bei dieser Frage dürfte sich so recht die Eigenthümlichkeit der deutschen Erbverträge zeigen, von denen Udalricus Zasius [3]) schon sagte: „hae (ordinationes successoriae) nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, nec plane pactum, sed est voluntas in genere.“ Es bestehen hier mehrere verschiedene Meinungen. Die erste läßt das Vertrags-Erbrecht transmitttiren, weil die römische Bestimmung, daß nur dem lebenden Erben die Erbschaft durch den Tod des Erblassers deferirt werde, auf das deutsche Institut der Erbverträge keine Anwendung finde. Westphal [4]) theilt insbesondere ein Erkenntniß der Halle'schen Juristenfakultät mit, worin es heißt:

„Obwohl denen Klägern entgegen zu seyn scheint, daß — — alle pacta successoria allemal die stillschweigende Bedingung enthalten: si hereditas paciscenti deferatur, daher, weil derer Kläger Eheweiber den casum delatae successionis nicht erlebet,

---

vel aliter devolutam, possit quis etiam non aditam, ad instar legati ad heredes suos, vel extraneos transmittere.“ S. Gans Erbrecht in weltgeschichlicher Entwickelung, Bd. 3. S. 249.

[2]) Allg. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 367. 370.

[3]) Respons. sing. L. 2. cap. 7.

[4]) Deutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. II. S. 404—406.

Digitized by Google

auch der Erbvertrag über des M. Vermögen nicht weiter gelten könne, — — — Dieweilen aber der Grundsatz, daß bei denen Erbverträgen allemal die stillschweigende Condition zum voraus gesetzt werde, si hereditas paciscenti deferatur, mit nichts als Gründen derer römischen Gesetze erwiesen werden kann, welche doch in Ansehung der Erbverträge in Deutschland gar nicht in Betracht kommen, anerwogen diese Römischen Gesetze den Grundsatz enthalten, quod hereditas viventis non detur, daher ein Vertrag über eine Erbschaft sich, nach diesen Rechten, nicht eher denken lässet, bis ein Todesfall erfolget, welche Grundsätze aber in Deutschland zu verwerfen, weilen sonst eben so, wie im Römischen Rechte gegründet, die Erbverträge verworfen werden müßten." [5])

Nach einer zweiten Meinung muß der Vertragserbe den Sterbfall des Erblassers erleben, man wendet hier die allgemeinen Erbrechts-Grundsätze des römischen Rechts an, [6]) man sagt, es liege schon in der Natur

---

[5]) Siehe überhaupt Hellfeld de transmissione juris succedendi antecessoris morte non delati §. 6. (in opusc. pag. 434.) Hofacker, princ. jur. civ. Rom. Germ. §. 1403. Not. b. J. H. Boehmer, de fundamento pactorum familiae, Cap. 2. §. 11. N. 7.

[6]) Bastineller de pacto successorio cum paciscentis persona intereunte. Vit. 1727. Boenhart, comm. de transmissione hereditatis ex pacto successorio adquisitivo Marb. 1763. §. 19. 28 sq. Maurenbrecher, §. 565.

der Sache, daß jeder Erbvertrag nur Rechte auf künftige Delation gebe. Gerade dies ist nun aber eben die Frage, was also nicht schon ohne weiteres vorausgesetzt werden darf. Es fragt sich nämlich grade, ob die neueren Universal-Erbverträge ohne Gewere [7]) nach dem Geiste des älteren deutschen Rechts, wo der in die Gewere aufgenommene die Rechte des nächsten Blutsverwandten sofort erhielt, oder nach den allerdings in Deutschland allgemein gewordenen Grundsätzen des römischen Erbrechts zu beurtheilen. Nach Eichhorn [8]) hängt es von der Absicht der Contrahenten ab, ob nach dem Tode des zunächst zur Erbschaft Berufenen vor dem Erblasser, die Erben des ersteren an dessen Stelle treten, was übrigens bei manchen Arten von Erbverträgen schon in deren Natur liege. Eichhorn beruft sich auf eine Stelle bei v. Bülow und Hagemann. [9]) Dort wird ausgeführt, daß die eben dargestellte zweite Meinung mit der Intention der Contrahenten, worauf man doch bei allen Verträgen zu sehen habe, völlig übereinstimme, daß in den meisten Fällen die Absicht der Paciscenten ohne Zweifel dahin gehe, daß nur der zur Erbschaft Berufene und dessen Descendenz den Vortheil des Erbvertrages zu genießen haben solle, und daß man daher im Zweifel die Intention des zu beerbenden Mitpaciscenten nicht so weit

---

[7]) S. darüber überhaupt Eichhorns deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 374. 455. 571. Albrecht, die Gewere, S. 188 ff. Phillips, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, Bd. I. S. 300 ff.

[8]) Einleitung §. 343, I. Aufl. §. 345, II. Aufl.

[9]) Prakt. Erörterungen, Bd. 4. N. 71.

Digitized by Google

ausdehnen dürfe, daß er sein Vermögen, wenn er den zur Erbschaft berufenen Erben und dessen Descendenten überlebt, dessen entferntern Intestat- oder vielleicht ganz fremden Testaments-Erben habe zuwenden wollen. Diese Ansicht wird dort auf einen Rechtsfall aus der Einkindschaft vom Ober-Appellations-Gericht zu Celle angewandt, wo nach der obigen ersten Meinung die unirten Vorkinder ihr Erbrecht auf das Vermögen der angesetzten Eltern, ohne den Todesfall derselben zu erleben, auf fremde Personen, welche in dem Einkindschafts-Vertrage gar nicht mitbegriffen waren, transmittirt haben würden, was aber nach der unverkennbaren Absicht der Contrahenten nicht zugegeben wird. v. Bülows und Hagemanns Meinung ist also eigentlich, daß nur die Descendenten an die Stelle des Vertragserben rücken, sonst aber durch den frühern Tod des letztern der Erbvertrag erlischt, dies jedoch nur bei pactis acquisitivis de hereditate propria, da bei den übrigen Erbverträgen z. B. den renunciativis die Transmission schon in der Natur der Sache liegt. Mittermaier [10]) endlich läßt mit Kurz [11]) und Kreitmaier [12]) die Erbschaft auf die Erben des Vertragserben „in der Regel selbst dann transmittiren, wenn der Vertragserbe den Tod des Erblassers nicht erlebt hat," verweist aber auch zugleich auf v. Bülow und Hagemann.

Diese Frage ist also gemeinrechtlich noch lange nicht ausgemacht, und es scheinen auch in den Gerichten sich

---

[10]) §. 403.

[11]) de pactis successor. §. 16.

[12]) Kreitmaier Anmerk. zum Baier. Ges. III. S. 34.

Digitized by Google

noch keine festen Grundsätze gebildet zu haben. Bei den gleich vollzogenen Erbverträgen, den Ueberträgen des Guts mit der Universitas, was, wie sich von selbst versteht, keine wahren Erbverträge sind, kann die unbedingte Transmission, da hier schon wirkliche Rechte auf das Vermögen selbst erworben sind, nicht zweifelhaft seyn, [13]) wie auch im Jahre 1833 vom Geheimen Obertribunal in Sachen Witwe Theodor Weimann geborne Vogt, nun verehelichte Niebecker zu Niederstadt, Amts Menden, gegen Witwe Johann Theodor Weimann geborne Niederstadt und deren Tochter verehelichte Lösse in Garbeck ausgesprochen ist. Es ist daher nur eine Anomalie, wenn die Oranien-Nassauische Verordnung vom 17. Dezember 1783 [14]) bei solchen Uebergaben die Vermuthung aufstellt, daß nach dem Tode der Kinder und deren Nachkommen der Rückfall an die übertragenden Eltern vorbehalten worden. Bei eigentlichen Erbverträgen dagegen bleibt, wo sich keine feste Praxis gebildet hat, nichts anderes, als die Auslegung des Erbvertrages nach der wahrscheinlichen Absicht der Paciscenten übrig. Man muß diese Verhältnisse nicht zu sachlich nehmen, sie haben ihrem tiefsten Ursprunge nach viel Persönliches. Der Vertragserblasser wählt den Vertragserben aus persönlicher Liebe und Wohlwollen, er will diesem eine gesicherte Zukunft verbürgen, er nimmt ihn gewissermaaßen in seine Familie, zum nächsten

---

[13]) Das Allg. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 656. behandelt solche Verträge auch blos als Verträge unter Lebendigen, wenigstens rücksichtlich der Vermögens-Abtretungen von Eltern an Kinder.

[14]) S. Weisthum Nassauischer Gesetze, Bd. III. S. 126. 127.

Familiengliede auf. Daß dieses Wohlwollen auch auf die Kinder des Vertragserben ausgedehnt sey, daß diese nicht unter dem Unglücke, daß ihr Vater vor dem Vertrags-Erblasser stirbt, leiden sollen, liegt in der innersten Natur der Verhältnisse. Keineswegs aber läßt sich, selbstredend bei Acquisitiv-Verträgen, als beabsichtigt annehmen, daß der Vertrags-Erblasser seine Repräsentation auch auf andere Intestat- oder gar Testaments- oder Vertrags-Erben des Berufenen habe übergehen lassen wollen.

2.

Nach Preußischem Rechte scheint die vorliegende Frage auf den ersten Anblick ganz entschieden zu seyn. Nach §. 362 A. L. R. Th. I. Tit 9. werden Rechte und Pflichten aus Verträgen in der Regel der Erbschaft beigerechnet. Im §. 631. A. L. R. Th. I. Tit. 12. wird es zu bestimmen für nothwendig gefunden, daß aus einem wechselseitigen Erbvertrage nur der Ueberlebende ein Erbrecht erlange, und die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen insoweit auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden können Anspruch haben, woraus also, wie auch vielleicht Bielitz [15]) andeutet, hervorzugehen scheint, daß bei nicht wechselseitigen Erbverträgen das Recht auch auf die Erben des erstverstorbenen Vertragserben übergehe. Inzwischen erhält der §. 631. aus dem folgenden §. 632. seine genügende Erklärung, es soll nämlich nicht als beabsichtigt angenommen werden, daß der beim wechselseitigen Erbver-

---

[15]) Comment zum Allg. L. R. Bd. 3. S. 244.

trage Ueberlebende das Geerbte sammt seinem eigenen Vermögen, was consequent aus der Ausdehnung der Erbvertragsrechte auf die Erben folgen würde, mit seinem Tode den Erben des Erstverstorbenen restituiren müsse, vielmehr sollen solche Verfügungen, wenn sie wirklich getroffen, nur nach den Regeln der fideikommissarischen Substitutionen, was sie wirklich sind, beurtheilt werden. Ebenso wird aus dem §. 362. I., 9. nichts Entscheidendes gefolgert werden können, da er nur eine Regel ausspricht, und es hier gerade die Frage ist, welche Rechte der Verstorbene aus dem Vertrage schon erlangt habe.

Das Allgemeine Landrecht unterscheidet sich hier vom gemeinen Rechte dadurch, daß es keine zwei Erbfolgen mit innerlich widersprechenden Prinzipien hat, von denen die eine sie aus dem römischen, die andere aus dem deutschen ungeschriebenen, Rechte entlehnt. Erbverträge sind ihm nur eine species der Verfügungen auf den Todesfall, [16]) und stehen unter den allgemeinen Grundsätzen derselben. Im Tit. 9. Th. I. wird daher auch gar nicht unter den verschiedenen Erbschaft-Anfällen unterschieden. „Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder in deren Ermangelung, die Vorschriften der Gesetze dazu berufen," sagt §. 367. Die Erbverträge gehören mit unter diese rechtsgültige Willenserklärungen; da diese nun aber den Vertragserben selbst, nicht aber dessen

---

[16]) A. L. R. I. 12. §. 1. 2. 617.

Erben, berufen, so scheint hier so wenig als bei Testamenten dem Erben des vor dem Erblasser verstorbenen Vertragserben die Erbschaft zuerkannt werden zu können. Allgemein bestimmt auch der §. 370.: „Stirbt der Erbe, noch ehe er die Erbschaft in Besitz genommen hat, so gehet dennoch sein Recht daran auf seinen Erben über," was, wie es bei Testamenten unbestritten ein Ueberlebtseyn des Erblassers durch den Erben unterstellt, so auch bei Erbverträgen dasselbe vorauszusetzen scheint. Ueberall findet man, die Unwiderruflichkeit ausgenommen, Erbverträge und Testamente gleichgesetzt. Es werden zum Abschluß der Erbverträge die zur Errichtung der Testamente nöthigen Eigenschaften erfordert, [17]) es können nur solche Sachen und Rechte, worüber Jemand durch einen letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, durch Erbverträge zugewendet werden; [18]) die Formen beider Vergabungsarten sind dieselben, [19]) eben so können noch, grade wie bei Testamenten, über $^1/_{20}$ des Nachlasses Vermächtnisse errichtet werden. [20]) Entschlagung, [21]) Inventars-Wohlthat, [22]) Accrescenzrecht, [23]) Entkräftung oder Vereitelung wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers, oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, oder durch Zufall, [24]) werden hier grade wie bei Testamenten bestimmt. Es würde also gewiß einer besonderen Bestimmung bedürfen, wenn beide Vergabungsarten grade in

---

[17]) A. L. R. I., 12. §. 618. [18]) Daselbst §. 620.
[19]) §. 621. 623. [20]) §. 628. [21]) §. 641.
[22]) §. 644. [23]) §. 645. [24]) §. 647.

Digitized by Google

dem einen wesentlichen Punkte, im Uebergange des Rechtes auf die Erben, sich unterscheiden sollten. Es fehlt daran aber nicht nur, sondern es lassen sich auch mehr oder weniger direkte Argumente dagegen anführen.

Wenn der Erbe des Vertragserben das Recht auf die künftige Erbschaft des Vertrags-Erblassers schon mit der Antretrng der Erbschaft des Vertrags-Erben als ein mit-übergehendes sachliches, Vermögens-Recht erwürbe, so würde er den Werth dieses Rechts auch in das zu errichtende Erbschafts-Inventar aufnehmen müssen,[25]) er würde durch den Tod des Vertrags-Erblassers eine zweite Erbschaft, Theil der des Vertragserben, erhalten, und die Gläubiger beider Erbschaften könnten in gar nicht zu hebende Collisionen gerathen. Auch würde beim erbschaftlichen Liquidations-Prozesse oder gar beim Concurse jenes Recht auf die künftige Vertrags-Erbschaft einer Versilberung durch Aussetzen aufs Meistgebot kaum entzogen werden können, wenn einmal der Grundsatz feststände, daß es an die Person des Vertragserben nicht gebunden; dieser selbst würde es auch zu veräußern befugt seyn. Alles das widerspricht aber zu sehr allen natürlichen Grundsätzen des Erbrechts, als daß solche Consequenzen gestattet werden könnten. Man kennt nur ein Entschlagen des überlebenden Theils,[26]) nicht aber eines Erben des nicht überlebenden Theils, also auch, was hiermit correspondirt, nur ein stillschweigendes

25) A. L. R. I., 9. §. 434.

26) Allg. L. R. I. 12. §. 641.: „Bei Erbverträgen kann der überlebende Theil eben so, wie der Testamentserbe, sich der Verlassenschaft gültig entschlagen“

Antreten des überlebenden Theils. Man kann auch wohl noch die Analogie des, freilich nur von Testamenten sprechenden, §. 40. anführen, wonach der Willkühr eines Dritten die Ernennung eines Erben oder Legatars nicht überlassen werden kann. Es wird doch wenigstens nicht angenommen werden können, daß, was der Erblasser bei Testamenten nicht einmal gültig kann, von demselben bei Erbverträgen sogar von selbst schon beabsichtigt sey. Dies würde aber der Fall seyn, wenn der Vertragserbe die Befugniß hätte, seinen ausdrücklich, durch Testament oder Vertrag, oder stillschweigend durch Bestehenlassen der Intestat-Erbfolge, berufenen Erben auch die künftige Erbschaft des Vertrags-Erblassers zuzuwenden.

Damit nun, daß das Vertragserbrecht nicht auf die Erben übergehe, ist noch keineswegs entschieden, ob nicht Verwandte nach der Absicht der Contrahenten an die Stelle des Vertrags-Erben treten können, wenn gleich nicht als seine Erben. Wir heben hier zuvorderst die betreffenden Bestimmungen über Testamente aus. Und zwar heißt es im §. 521. A. L. R. I. 12.: „Soweit aber die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verordnung nicht aufgehoben worden, wird nach den Regeln der erstern, die in letzterer fehlende Bestimmung ergänzt." Davon ist eine Anwendung gegeben im §. 443. A. L. R. II., 2: „Ist aber ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben; so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre." Durch diese Bestimmung wird die sonst durch die Erbrechte eines solchen Notherben nach §. 454. 455. 450. 451. ein-

Digitized by Google

tretende Nichtigkeit der letztwilligen Verordnung abgewendet, und eben darin liegt ihre innere Nothwendigkeit. Und da der §. 521. I., 12. ein allgemeines Prinzip aufstellt, so muß dasselbe rücksichtlich der Kinder von anderen Intestaterben, welche Intestaterben nämlich nicht Kinder des Testators sind, stattfinden, wenn diese beim Nichtvorhandenseyn ihres eingesetzten Ascendenten den Testator auch ab intestato beerbt hätten. Man darf nämlich nicht bezweifeln, daß diese der Testator nur darum nicht eingesetzt, weil er schon ihren Vater gerufen.

Diese Bestimmungen müssen auch auf Erbverträge Anwendung finden, da bei der sonstigen Gleichsetzung derselben mit den Testamenten kein Grund für das Gegentheil vorliegt. Die Anordnungen des §. 443. II., 2. sind durch den §. 647. I., 12. von selbst in Bezug genommen, und rücksichtlich des § 521. I., 12. ist kein Grund vorhanden, es zu bezweifeln. Im Wesentlichen wären wir also auf das zurückgekommen, was wir oben als gemeines deutsches Privatrecht bezeichneten.

Es entsteht hier inzwischen noch die Frage, ob nach dem Tode des Vertragserben die auf seine Kinder übergehende Zuwendung unwiderruflich ist, oder nach §. 646. I., 12. von nun an nur als einseitige letzte Willensordnung gilt. Die Frage ist zweifelhaft. Der §. 646. dürfte schwerlich Anwendung finden, da hier nicht von einem Dritten die Rede ist, dem im Vertrage selbst neben den Vortheilen des Vertrags-Erben etwas zugedacht wäre. Es möchte wohl eher in Folge des §. 65 I., 5. eine mittelbare Theilnahme der Kinder,

als durch ihren Vater virtualiter vertreten, anzunehmen seyn. Wenn hingegen zur Zeit des Vertrages noch keine Kinder vorhanden sind, kann der Vertrag auch nicht als für sie abgeschlossen angesehen werden. Es wird also nun allerdings nichts übrig bleiben, als den Vertrag rücksichtlich ihrer als wiederrufliche letzte Willensordnung anzusehen.

Rücksichtlich der Legate enthält der §. 531. A. L. R. I., 2. die specielle Bestimmung:

„Erhellet aus der Disposition, oder kann sonst hinlänglich erwiesen werden, daß es der Wille des Testators gewesen sey, durch ein Legat zugleich die Kinder des Legatarii zu bedenken, so treten, wenn auch der Legatarius vor dem Testator gestorben ist, die Kinder desselben, soweit sie seine Erben geworden sind, an seine Stelle."

Die Rücksichten auf die gesetzliche und Noth-Erbfolge konnten hier nicht einwirken, da darin durch Legate nichts geändert wird. Die Theilnahme der Kinder ist daher auch durch Auflage eines besonderen Beweises und die erforderte Erbenqualität willkührlich beschränkt Auf Erbverträge findet dies ebenfalls Anwendung. Daß es auch Erbverträge über einzelne Theile des Nachlasses geben könne, darf nach einer Zusammenstellung vom A. L. R. I., 12. §. 1. 2. 6. 617. 620. („Sachen und Rechte") nicht bezweifelt werden.

Wie wenig richtig daher allem diesem nach Klein [27])

---

[27]) System des Preußischen Civilrechts, §. 406. S. 213. Ausgabe von v. Rönne Bd. I. S. 402.

Digitized by Google

die Sache darstellt, wenn er sagt: „In der Regel gehen die Rechte aus Erbverträgen nicht auf die Erben der Contrahenten über; wo dies geschehen soll, finden die Gesetze von fideikommissarischen Substitutionen und Fideikommissen Anwendung, §. 631 — 633. ff." leuchtet von selbst ein.

II.

Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts, herausgegeben von A. H. Simon, Geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe, und H. L. v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Zweiten Bandes erstes Heft. Berlin, in der Nicolaischen Buchhandlung 1834. gr. 8. S. 227. (Pr. 1⅙ Thlr.)

Recension

von

Sommer.

(Beschluß.)

IV. Ueber das System der Regalien, insbesondere der niederen Regalien im allgemeinen Landrechte, und über die Hauptgrundsätze, welchen dasselbe bei den niedern Regalien gefolgt ist. Von Herrn Geheimen Finanz-Rath Duesberg in Berlin. (S. 59 bis 103.)

In dieser sehr unterrichtenden Zusammenstellung giebt der Verfasser zuvorderst eine geschichtliche Entwickelung

der gemeinrechtlichen Theorie, welche sich über die niedern Regalien zur Zeit der Abfassung des Allg. L. R. gebildet hatte, und stellt sodann das System des allgemeinen Landrechts in Beziehung auf die Regalien im Allgemeinen dar, und erörtert endlich die Hauptgrundsätze, welchen das Allg. L. R. bei den niedern Regalien gefolgt ist. Bei der Abfassung des neuen Gesetzes nahm man, wie uns der Verf. S. 72 richtig berichtet, auf die historische Entwickelung der Lehre von den Regalien wenig Rücksicht, suchte dieselben vielmehr, indem man die einzelnen Gegenstände als etwas positiv Gegebenes voraussetzte, auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen und wissenschaftlich zu ordnen. Auf solche Weise machte man sich denn mitunter ganz neue Regalien, so das Recht auf herrenlose Grundstücke (S. 90—94), das Jagdregal gegen die gründlichen Ausführungen von Suarez*) auf den Grund eines Beschlusses, der anscheinend vom Großkanzler v. Carmer allein ausgegangen (S. 95—97), ohne daß man sieht, in welchem Verhältnisse man sich diesen Beschluß zu der Bestimmung Allg. L. R. I., 9. §. 158., wonach die Jadgerechtigkeit auf fremden Boden als Dienstbarkeit zu beurtheilen, also für den Eigen-

*) Selten wird der Name dieses großen Mannes richtig ausgesprochen. Nach einer uns von verehrter Hand gewordenen Mittheilung heißt es weder Su·a·rez, noch Su·a·rez, noch weniger Su-a-ré, sondern der Name ist spanischer Herkunft und wird zweifüßig ausgesprochen „Suareß."

Digitized by Google

thümer die Vermuthung des Jagdrechts aufzustellen, gedacht. Bei der Zoll- (mit Einschluß der Weggeld-) Gerechtigkeit ist wirklich die Absicht gewesen, die Verjährung auszuschließen (S. 83—87), und es ist um so merkwürdiger, daß es nach den Ausführungen S. 359 ff. Jahrg. I. unseres neuen Archivs nicht gelungen, dies unzweifelhaft auszusprechen. Man sieht auch, wie es gekommen, daß das Abzugsrecht nicht, was es ist, als ein Ausfluß der Besteuerung, sondern der Gerichtsbarkeit dargestellt, dabei aber festgestellt worden, daß der Besitz der Gerichtsbarkeit dazu an und für sich nicht berechtige (S. 79—80). Die Materialien setzen auch den aus einer Zusammenstellung vom Allg. L. R. II., 15. §. 11. 13. 138. so ziemlich begründeten Rechtssatz, daß der Privat-Zollberechtigte von den Unterthanen keine Handdienste zur Unterhaltung und Besserung des Weges verlangen dürfe, (S. 87. 88), außer Zweifel. Interessant ist auch die Darstellung, wie man bei den Geldbußen des 17. Titels Th. II. zu der Unterscheidung von 5 Thlr. gekommen. Niemand wird die Duesbergsche Darstellung unbefriedigt von der Hand legen, und sie wird gewiß nicht ohne bedeutenden Einfluß auf die Revision der Gesetzgebung seyn. So wird z. B. schwerlich der Staat durch Beibehaltung des nicht auf dem historischen Wege entstandenen Jagdregals, vollends in den neuen Provinzen, die Rechtsvermuthung für das Jagdrecht des Eigenthümers ferner erschüttern wollen.

Digitized by Google

V. Ueber das Recht des Ehemannes und seiner Gläubiger an die von der Frau eingebrachten Mobilien. Von Herrn Kammer-Gerichts-Rath Wünsch in Berlin. (S. 104 bis 118.)

Der Verf. behandelt hier die in der juristischen Zeitung so sehr controvertirte Frage, ob die Gläubiger des Mannes für dessen Schulden in den von der Frau eingebrachten Mobilien Execution nachsuchen können. Die Praxis der überwiegenden Mehrzahl der Gerichte ist dagegen.*) Von einem Oberlandes-Gerichte bemerkt der Verfasser (S. 107), daß der zweite Senat die Interventionen der Weiber abgewiesen, während sie das Plenum als Rekurs-Instanz zugelassen. Aus den Materialien wird nachgewiesen, daß allerdings die Absicht gewesen, die Interventionen zu verwerfen, v. Grolman (Ober-Tribunals-Präsident) und Suarez haben sich entschieden darüber ausgesprochen (S. 110). Allein im Gesetze selbst scheint dies doch nicht unwidersprechlich niedergelegt zu seyn. Der §. 231. A. L. R. II., 1. stellt den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Mann in Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers habe, man muß also auch diesen Grundsatz, so weit er nicht ausdrücklich aufgehoben, überall anwenden. Der §. 248. („Ueber die eingebrachten Mobilien hat der Mann die freie Verfügung,") giebt ihm nicht, wie bei den venditionis gratia ästimirten, das Eigenthum, sondern wohl nur ein mit seinen Pflichten correspondirendes persönliches Recht, in welches

*) S. auch Jahrgang I. S. 630. dieses N. Archivs.

Digitized by Google

die Gläubiger so wenig, als in das begründende persönliche Rechtsverhältniß selbst, eintreten können. Die §§. 249. u. 250., worauf man sich auch häufig beruft, beweisen nichts, da sie blos von freiwilligen Veräußerungen handeln, und hier rücksichtlich der gesetzlich vorbehaltenen Mobilien die gemeinen Vindikationsgrundsätze (Allg. L. R. I. 15. §. 26.) aufheben. Und daraus, daß die Allg. G. O. Th. I. Tit. 24. §. 77. nur die §§. 206. 208. 213. 314—317., alle nur vom vorbehaltenen Vermögen handelnd, allegirt, kann auch nichts folgen, da in der Gerichts-Ordnung nicht Sedes materiae ist, auch beide Codices nicht, wie etwa Codex, Pandekten und Institutionen zu gleicher Zeit als ein Ganzes erschienen sind. Doch man wird über diese Frage nie einig werden. Der Verf. weist aus dem deutschen Rechte nach, daß die fragliche Befugniß der Gläubiger geschichtlich nicht gegründet sey, und beklagt daher, daß der §. 248., wie er ihn versteht, mit den Grundsätzen, welche der Absicht des Landrechts zufolge diese Materie beherrschen sollten, und mit dem wirklich bestehenden, geschichtlich in die Volkssitten verschmolzenen, Rechte nicht in Einklang zu bringen seyen. So lange man sich nicht überhaupt zur Idee der allgemeinen Gütergemeinschaft erhebt, wird man solche einzelne Anklänge derselben immerhin unbillig finden.

VI. Ueber die Wirkungen der mora accipiendi. Von Herrn Geheimen Justiz-Rath von und zur Mühlen. (S. 119—127.)

Es wird hier aus den Materialien bewiesen, daß der §. 24. A. L. R. I., 16. nicht von den gegenseitigen,

in den vorhergehenden §§. 22. 23. abgehandelten, Leistungen, sondern nebst dem §. 25. von einseitigen Verpflichtungen handele, wobei dem Berechtigten nichts weiter obliegt, als anzunehmen. Auch ohne Deposition werden daher die Folgen der Zögerung durch die gegenseitige Zögerung abgewandt, wogegen bei der vertragsmäßigen Verbindlichkeit die Zögerung in der Annahme nichts ändern kann, vorbedungene Zinsen bis zur Deposition laufen. Dasselbe muß von den gesetzlichen Zinsen gelten, und darum ist im §. 359. A. L. R. I., 12. die Deposition zur Sistirung der gesetzlichen Zinsen vom Legat seit Ablauf der Ueberlegungsfrist erfordert. So hat sich denn auch in neuerer Zeit die Lehre des gemeinen Rechts gestellt (Thibaut, System des Pandektenrechts. §. 105.). Es erhebt sich hier aber in der Anwendung die wichtige Frage, ob nach dem A. L. R. I., 11. §. 227. blos Zinsen des bei der Uebergabe baar zu zahlen vorbedungenen Kaufgeldes als Zögerungszinsen gefordert werden können, und daher durch einfache Oblation ohne Deposition zu laufen aufhören, oder ob auch, wie nach gemeinem Rechte, selbst abgesehen von aller mora, der Käufer einer ihm vollständig ohne Creditirung des Preises, übergebenen Sache vom Augenblick der Uebergabe bis zur Zahlung oder Deposition Zinsen ex lege entrichten muß, die also durch bloße Oblation nicht sistirt werden. (Weber, Versuche Nr. III. § 7. Thibaut, §. 579.) Der §. 109. A. L. R. I., 11. ist hierfür anzuführen, so wie die nicht zweifelhafte Intention des §. 228. Siehe unten Nr. XII. Bd. 1. Heft 2.

igitized by Google

VII. Ueber die Bescheinigung. Von Herrn Kammergerichts-Assessor Dr. Löwenberg in Berlin. (S. 128—150.)

Der Verf. behauptet, nach der Grundansicht der Preußischen Prozeß-Ordnung stehe die Bescheinigung nicht als unförmliches Beweisverfahren dem förmlichen gegenüber, weil überhaupt von eigenthümlichen Solennitäten hinsichtlich des Beweises so wenig, als in Betreff der übrigen prozessualischen Handlungen die Rede sey; der Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung könne nur darin bestehen, daß die richterliche Ueberzeugung in den Fällen, da das Gesetz eine Bescheinigung für zureichend ansieht, nicht an so strenge Regeln gebunden ist, als da, wo gesetzlich eine wirkliche Beweisführung für nothwendig erachtet werde. Es giebt inzwischen allerdings, ungeachtet des Widerspruchs des Verfs., der noch an der gewöhnlichen ersten Begeisterung für die Prozeßordnung zu laboriren scheint, eigenthümliche Beweis-Solennitäten im Preußischen Prozesse. So haben ja die Anwälde ein Recht, den Zeugenverhören beizuwohnen, es darf bei Nichtigkeitstrafe auf kein Beweismittel erkannt werden, was den Partheien nicht erst vorgelegt ist u. s. w. Der §. 34. der Einleitung zur A. Ger. O., worauf der Verf. sich beruft, kann eben so wenig alle Formen der Prozeß-Ordnung todtschlagen, als der Art. 14 der alten französischen Charte die übrigen klaren Bestimmungen derselben aufheben konnte. In Bagatellsachen hat ja der Richter durch die Aussage Eines Zeugen förmliche Wahrheit, während ihm diese vielleicht bei einer Bescheinigung in

wichtigen Arreſtfällen nicht immer gnügen wird, um darauf entſcheidende Maaßregeln zu gründen. Die Lehre von den Beſcheinigungen iſt freilich nirgend im Zuſammenhange behandelt, und daher in einem, vom Verfaſſer geſammelten, Aggregate mannichfach verſchiedener Beſtimmungen zerſtreut. Im allgemeinen dürfte Folgendes, das richtige ſeyn. Beweis kommt nur in Beziehnng auf die Beweistheorie, auf die Reflection des erkennenden Richters vor, und ſeine Aufnahme iſt an die geſetzlichen Formen gebunden. Beſcheinigung kommt nur im Laufe des Verfahrens vor, hat den Zweck, den, hier an keine Beweistheorie gebundenen, Richter von der nach den Umſtänden größeren oder geringeren Wahrſcheinlichkeit eines Umſtandes moraliſch zu überzeugen, wenn man ſich Kürze halber dieſes Ausdrucks bedienen kann. Daher bedarf es denn bei der Beſcheinigung der Formen der Beweisführung nicht, und die Quantität des Beweiſes kann nach Umſtänden geringer oder ſtärker, als bei der eigentlichen Beweisführung ſeyn. Alles das gilt aber nur im Allgemeinen, da im Einzelnen manche Beſtimmungen über den Beſcheinigungsbeweis beſtehen, die ſich unter keinen gemeinſchaftlichen Grundſatz bringen laſſen. Keinen Falls aber gehören die vom Verf. bezogenen Stellen des materiellen Rechts (A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 165. A. G. O. Th. I. Tit. 10. §. 160.) hierhin, da ſie blos proviſoriſche Rechtsvermuthungen aufſtellen. Uebrigens zeugt die Abhandlung des Verfaſſers von gründlichem Quellen-Studium.

Digitized by Google

VIII. Von der Verbindlichkeit einer Frauensperson, die sich zugleich mit einer Mannsperson in einem Schuldinstrumente als Selbst- oder Mitschuldnerin verpflichtet. Von Löwenberg. (S. 151—159.)

Der Verf. beweist aus gemeinrechtlichen Schriftstellern, daß diese schon dasselbe angenommen haben, was in 232. u. 233. A. L. R. I., 14. bestimmt worden. Dieses, und daß die Dissentientes die Praxis nicht für sich hatten, sind übrigens bekannte Sachen, und wenn dies als den Lesern der Zeitschrift unbekannt angesehen ward, so hätte die Literatur-Lese noch sehr bereichert werden können, z. B. durch Glück Pandekten-Commentar, Bd. 14. S. 472. Bd. 12. S. 62. Schweppe, Röm. Privatr. 4te Ausg., Bd. 3. §. 518. S. 366. 367.

IX. Von der Verbindlichkeit einer Frauensperson, die sich zugleich mit einer Mannsperson in einem Instrumente als Selbst- oder Mitschuldnerin verpflichtet. Von Duesberg. (S. 160—164.)

Es wird aus den Materialien bewiesen, daß beim §. 232. A. L. R. I., 14. nicht daran gedacht worden, die Bürgschaft ohne die gesetzlichen Formen derselben entstehen zu lassen. S. übrigens Rechtssprüche von Simon und v. Strampff, Bd. 3. S. 250 ff. und Bd. 2. S. 271 ff.

X. Ueber die Vorarbeiten des Publications-Patentes zum Allgemeinen Land-Rechte. Von v. Strampff. (S. 165—203.)

Eine verdienstliche Mittheilung, übrigens zu einem Auszuge nicht geeignet.

Digitized by Google

XI. Ueber die Frist, welche der §. 309b. Th. I. der A. G. O. dem Verkäufer zur Anmeldung einer Klage auf Zahlung oder Rückgabe der gegen das Versprechen baarer Zahlung verkauften Sache gestattet. Vom Herrn Geheimen Ober-Justiz-Rath Müller in Berlin. (S. 204—220.)

XII. Ueber die Frist im §. 309b. Tit. 50. der Prozeß-Ordnung mit Rücksicht auf den vorhergehenden Aufsatz. Von den Herausgebern. (S. 220—229.)

Hiemit stehen folgende Nummern des ersten Bandes in Verbindung:

Heft 1. Nr. III. Ueber die gesetzliche Bestimmung, daß das Kaufgeld für geborgt anzusehen ist, wenn der Verkäufer wegen der im Contracte vorbedungenen, und bei der Uebergabe nicht geleisteten, baaren Zahlung des Kaufgeldes, die gerichtliche Klage innerhalb acht Tagen nach der Uebergabe nicht anmeldet. Von ꝛc. von und zur Mühlen. (S. 21 — 26.)

Heft 2. Nr. XII. Von welchem Zeitpunkte an sind dem auf Zahlung des Kaufpreises klagenden Verkäufer einer Sache Verzugs-Zinsen von dem rückständigen Kaufgelde in dem Falle zuzubilligen, wenn im Kauf-Contracte wegen der Zeit der Zahlung nichts Besonderes stipulirt worden, die Uebergabe

Digitized by Google

der Sache aber erfolgt, und die Klage innerhalb der im §. 224. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. bestimmten achttägigen Frist nicht angemeldet worden ist. Von Herrn Ober-Landes-Gerichts-Assessor Fritze in Magdeburg. (S. 432—444.)

Es handelt sich hier um eine Reihe recht unglücklicher Controversen, veranlaßt durch einen Redactions-Mangel. Glücklicher Weise liegen die Materialien noch vor, sonst würden wir hier wohl eben so verzweifeln müssen, als bei manchen Ungewißheiten der Compilation Tribonians, dessen Materialien freilich nicht mehr so übersichtlich vorhanden, als sie uns Simon redigirt hat. Die Lehre von der Aufhebung der Verträge wegen Mangels der gegenseitigen Erfüllung hatte, wie wir aus der Abhandlung von v. und zur Mühlen erfahren, in dem ersten ungedruckten Entwurfe des Gesetzbuchs eine ganz andere Gestalt, als sie späterhin im Allgemeinen Landrecht erhalten. Nach dem Entwurfe sollte jeder Contrahent vom Vertrage zurücktreten können, sobald der andere Theil die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unter zweifelhaften, weitläufiger Erörterung bedürfenden, Ausflüchten verweigere. Als Folge hiervon wurde nun bestimmt, daß, wenn der Kauf auf baare Zahlung geschlossen, solche bei der Uebergabe aber nicht erfolge, es bei dem Verkäufer stehe, ob er das Kaufgeld einklagen, oder die verkaufte Sache zurückfordern wolle; eine Ausnahme-Bestimmung war es hiegegen nun, daß, wenn der Verkäufer binnen acht Tagen nach der Uebergabe nicht klagte, die Rückforderung der Sache nicht statt haben,

Digitized by Google

das Kaufgeld vielmehr für creditirt angesehen werden sollte. Jener Grundsatz über die Folgen der Nicht-Erfüllung ist nun aber bei der endlichen Redaction des Allgemeinen Landrechts aufgegeben, und nur rücksichtlich der zwei Fälle der §§. 229. u. 230, (Th. I. Tit 11.) bestehen geblieben. Es bedurfte nun der Ausnahme-Bestimmungen gegen jenen Grundsatz nicht mehr, da der entgegengesetzte Grundsatz die Regel geworden, leider sind dieselben aber durch ein Versehen im A. L. R. stehen geblieben, und bilden dort die §§. 224—226. (Th. I. Tit. 11.) Das Unpassende derselben ergiebt sich schon aus dem im §. 226. vorkommenden Allegate des §. 230. als angeblich enthaltend die Befugniß, den Contract aufzuheben und die Sache selbst zurückzufordern, da doch der §. 230. nur von der Befugniß, die Uebergabe zu verweigern, handelt. Aus diesem Beibehalten der §§. 224—226. ist nun erstlich die Controverse entstanden, womit sich die Abhandlung von ꝛc. Müller befaßt. Die achttägige Frist des §. 224., mit deren Ablauf das Kaufgeld erst geborgt seyn soll, steht nämlich in Widerspruch mit dem §. 309 b. der A. Ger. O. Th. I. Tit. 50., wonach das Kaufgeld bei ohne, wenn gleich bedungene, baare Zahlung geschehener Uebergabe sofort für kreditirt geachtet und nur aus Billigkeit eine dreitägige Vindikations-Frist gegen die inzwischen eintretende Concurs-Masse gestattet wird. Merkel im Commentar zum gedachten §. 309 b. hatte auf diesen Widerspruch schon aufmerksam gemacht, und Grävell (Commentar zu den Creditgesetzen, Bd. II. S. 184.) ihn durch die Unterscheidung des Vindicationsrechts und der persönlichen Klage zu beseitigen gesucht,

Digitized by Google

indem ersteres nach dem dritten Tage nicht mehr bestehe, in den übrigen fünf Tagen aber noch eine persönliche Klage auf Aufhebung des Vertrags statt finde, eine Unterscheidung, die Müller mit Recht für nicht begründet erklärt, da beide Stellen von dem Ausschluß der Vindikation in dem Falle, wenn das Kaufgeld für kreditirt angenommen werden müsse, reden. Müller nimmt vielmehr im §. 309 b. einen Druckfehler an, indem es acht Tage heißen müsse, und bezieht sich zu dem Ende auf das noch vorhandene Manuscript des §. 309 b. von Suarez, worin es allerdings mit Buchstaben geschrieben acht Tage heißt. Der Abdruck ist nach einer nicht mehr vorhandenen Abschrift erfolgt, und Müller vermuthet, daß dort die Zahl mit Buchstaben geschrieben und so 8 mit 3 verwechselt worden. Die Herausgeber bestreiten dies, und vermuthen vielmehr, daß eben darum, weil im Manuscript die acht Tage ohne Correctur und mit Buchstaben geschrieben stehen, diese nicht durch ein Versehen, sondern mit Vorbedacht in drei Tage verändert, und so in die Abschrift, nach welcher der Druck erfolgt, gekommen. Müller beruft sich auch auf das Rescript vom 7. Decbr. 1789 an die Regiernng zu Königsberg, wonach wirklich 3 Tage Vindicationsfrist für den auf Credit geschehenen Verkauf, und 8 Tage für den gegen baare, aber bei der Uebergabe nicht erfolgte, Zahlung geschehenen Verkauf bestimmt sind; es scheinen hieraus die §§. 305 und 309 b. und A. Ger. O. I. 50 fast wörtlich genommen, sobald man im §. 309 b. 8 Tage subintelligirt. Die Herausgeber bemerken aber mit Recht dagegen, daß der §. 309 b., indem er das Kaufgeld

sofort für kreditirt annehme, auch nur zu derselben Disposition wie der §. 305, kommen können, und dies daher auch durch das Wort „also“ andeute. Sie finden grade darin einen wesentlichen Unterschied des Reskripes vom 7. December 1789, indem nach dem damals noch geltenden gemeinen Rechte (§. 41. J. de rer. divis.) der Verkäufer auch nach der Uebergabe noch als Eigenthümer vindiciren konnte, so lange nicht fides de gretio habita war, wogegen die Vindikation des §. 309b. nach dem jenem Reskript zum Grunde liegenden Gutachten der Gesetz-Commission v. 28. November 1789 auf der Billigkeitsrücksicht beruhte, daß es einen dolus zu involviren schien, wenn Jemand auf guten Glauben Waaren kaufe und zwei oder drei Tage nachher Banquerout mache. Die Antinomie zwischen §. 224. A. L. R. I., 11. und §. 309b. A. Ger. Ordn. I., 50. erklären die Herausgeber für unerheblich, weil jene §§. 224—226. nur irrthümlich in das A. L. R. aufgenommen worden. Da die Antinomie dem Wortsinne nach einmal vorhanden, so hindert nichts, die nach den Materialien und nach dem Zusammenhange der Gesetzgebung richtigere Meinung auch für die Praxis anzunehmen, so wenig man sonst durch die Materialien an sich klare Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts wegbeweisen darf. — Eine andere, durch den § 224. A. L. R. I., 11. veranlaßte, Controverse handelt ꝛc. Fritze ab. Manche leiten nämlich daraus, daß nach §. 224. das Kaufgeld mit Ablauf der achttägigen Frist für geborgt anzusehen, ab, daß es nun die Natur eines Darlehens annehme, somit erst nach vorgängiger Kündigung und nach Ablauf der gesetzlichen

Kündigungs-Fristen einforderbar und zinsbar werde. Der Verf. widerlegt diese Meinung siegreich mit Beziehung auf §. 109. 861. 866. l. 11. §. 15. 16. l., 16., §. 228. 221. l., 11. und kommt so zu der nie bestritten, noch aufzuheben beabsichtigt gewesenen, Bestimmung des römischen Rechts über die Verzinsung des Kaufgelds.

Digitized by Google

III.

Ueber die Folgen der unterlassenen gerichtlichen Regulirung des Actentheils.

Abhandlung mit drei Rechtsfällen

von

Sommer.

(Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 602—605. Tit. 5. §. 109. 110. Tit. 3. §. 40. 41. Allg. G. O. Th. II. Tit. 1. §. 11. 40.)

I.

Nachdem das A. L. R. Th. 1. Tit. 11. §. 602. den Auszug oder Actentheil als diejenigen Vortheile definirt hatte, welche der Uebernehmer einer Rustikalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist, bestimmte der §. 603: „Dergleichen Auszug oder Actentheil muß allemal gerichtlich regulirt werden," und der folgende §. 604. bemerkte: „Der Richter ist befugt und schuldig, darauf zu achten, daß der neue Besitzer dem Abgehenden nicht solche übermäßige Vortheile einräume, wodurch er selbst der Stelle gehörig vorzustehen, und die Lasten derselben zu übertragen unvermögend wird." Eine bestimmtere Anordnung rücksichtlich dieses

Digitized by Google

weit gehenden richterlichen Ermessens wurde nicht getroffen, sondern der §. 605. sagte blos noch: „Nähere Bestimmungen wegen des Auszugs oder Actentheils bleiben den Provinzial-Gesetzen vorbehalten.“

Als das Gesetz wegen Aufhebung der Verlautbarung und Bestätigung der Verträge über unbewegliche Güter vom 23. April 1821 [1]) erschienen war, hielten die mehrsten Notarien in der Grafschaft Mark sich berechtigt, Verträge, wodurch Landleute ihre Güter Anderen mit Ausbedingung einer Leibzucht übertragen, aufzunehmen, und die Gerichte, wenigstens mehrere, trugen ohne Bedenken auf den Grund solcher Verträge die Besitztitel ins Hypothekenbuch ein. Im Jahre 1823 frug jedoch der Justiz-Commissar Zurnedden zu Hagen, erschreckt durch die Möglichkeit von begangenen Nullitäten, beim Ober-Landesgerichte zu Hamm über die Befugniß der Notarien zur Aufnahme solcher Verträge an. Das Ober-Landesgericht ertheilte unterm 17. Juni 1823 die Bescheidung, daß Leibzuchts-Contracte über ländliche Besitzungen vor wie nach gerichtlich abgeschlossen werden müßten, weil das Gesetz vom 23. April 1821 die specielle Bestimmung des §. 603. A. L. R. Th. I. Tit 11. nicht aufhebe. Zurnedden wandte sich unterm 11. August 1823 an das Justiz-Ministerium, welches sich aber am 22. August 1833 dahin aussprach, daß die Verordnung vom 23. April 1821 auf solche Verträge sich nicht beziehe, welche nach den für selbige gegebenen speziellen Gesetzen einer gerichtlichen Aufnahme bedürfen. [2])

---

[1]) Gesetz-Sammlung von 1821. S. 43.

[2]) v. Kamptz Jahrb. Bd. 22. S. 74 — 76

Digitized by Google

Im Jahre 1830 entstand der erste Rechtsstreit über diese Frage beim Land- und Stadt-Gericht zu Soest. Ein Notar hatte am 29. October 1831 einen Vertrag aufgenommen, wodurch der Andreas Lenze zu Meiningsen seine Colonie, so wie einige Erbländer, sein Mobilar-Vermögen und die Hälfte seiner ausstehenden Forderungen dem Andreas Schulze übertrug, welcher dagegen versprach, den Lenze auf seine ganze Lebenszeit bei sich auf dem Hofe zu behalten, ihm frei Essen u. s. w. zukommen zu lassen, auch ihm, wenn er wieder heirathen sollte, gegen Verlassung des Hofes 200 Thlr. zu zahlen. Nachdem das Vertrags-Verhältniß gegen 8 Jahre ruhig bestanden hatte, klagte Lenze auf Wiedereinräumung des Guts, weil, worauf es hier allein ankommt, der Vertrag nach §. 603. A. L. R. I. 11. gerichtlich habe errichtet werden müssen. Das Gericht erkannte unterm 7. August 1830 für Recht:

„daß Kläger mit seinem Antrage auf Nichtigkeits-Erklärung des notariellen Uebertrags-Contracts vom 29. October 1821 abzuweisen, und daß den Partheien ihre Ansprüche wegen Regulirung der Leibzucht und sonstigen Erfüllung des Contracts zur separaten Ein- und Ausführung in quantum juris vorzubehalten."

Folgendes waren die Gründe:

Erwägen wir den Inhalt des fraglichen Contracts, so enthält derselbe, abgesehen von der wesentlichen Form, alle Bedingungen, welche das Gesetz zur Rechtsbeständigkeit fordert. Der Kläger veräußert seine Lenzen-Colonie, mehrere Erbländer, seine Mobilien und

Digitized by Google

die Hälfte seiner ausstehenden Forderungen an den Beklagten, und dieser verspricht, seine Schulden bis zum Betrage von 700 Thlr. g. G. zu tilgen. Außerdem stipulirt er dem Kläger eine Leibzucht. Es sind folglich alle Criterien vorhanden, welche das Allg. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 9. im Allgemeinen zur Gültigkeit eines Uebertrags fordert. Kläger vermeint aber ausnahmsweise die Aufhebung dieses Contractes fordern zu können, weil derselbe nach §. 603. A. L. R. I. 11. gerichtlich habe regulirt werden müssen. Dieses ist richtig, indem es §. 603. l. c. heißt: „Dergleichen Auszug oder Altentheil (welcher in hiesiger Gegend Leibzucht heißt) muß überall gerichtlich regulirt werden." Indessen setzt der §. 604. hinzu: „Der Richter soll darauf halten, daß dem Leibzüchter nicht solche übermäßige Vortheile eingeräumt werden, wodurch der neue Besitzer seiner Stelle vorzustehen und die Lasten zu tragen unvermögend wird." Es ist hierin keineswegs bestimmt, daß der Uebertrags-Contract, worin die Leibzucht bedungen worden, nothwendig gerichtlich aufgenommen werden muß, vielmehr soll blos die Leibzucht gerichtlich regulirt werden. Können sich die Partheien hierüber bei der Ueberreichung der Punctation, oder Verlautbarung des Vertrags vor dem Richter nicht vereinigen, so bleibt es einem Jeden von ihnen überlassen, gegen den Mit-Contrahenten klagbar zu werden, wo dann der Richter instructa causa die Leibzucht nach Anleitung des §. 604. l. c. festsetzt; die frühere Stipulation ist lediglich als eine Punktation anzusehen, die die Partheien, in Bezug auf die Uebertragung des Guts, nicht aber auf die Höhe der Leibzucht bindet.

Digitized by Google

Die Richtigkeit dieser Folgerung wird außer dem Vorhergesagten, noch

a) durch die Bestimmung des A. L. R. Th. 1. Tit. 5. §. 125. unterstützt, wonach auf den Fall, wo bei der Punktation über einen Vertrag wesentliche Bestimmungen vorbehalten sind, die Punctationen nur als Tractaten betrachtet werden sollen, keineswegs soll daraus eine Ungültigkeit des ganzen Vertrags gefolgert werden;

b) überhaupt kann nach der A. G. O. Th. 11. Tit. 3. §. 40. die Nichtigkeit einer Handlung nur alsdann wegen Versäumung einer gesetzlichen Form gefolgert werden, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bei Strafe der Ungültigkeit fordert. Eine solche Bestimmung enthält aber der §. 603. Th. 1. Tit. 11. des A. L. R. nicht. Im Gegentheil

c) setzt der §. 605. hinzu: „Nähere Bestimmungen wegen des Altentheils bleiben den Provinzial-Gesetzen vorbehalten.“ Diese sind bei uns zwar nicht promulgirt, indessen sagt die Königliche Verordnung vom 28. Juli 1773 für Cleve und Mark, (so wie die Magistrats-Sammlung der hiesigen Statute und Observanzen von 1790), daß die gerichtliche Regulirung der Leibzucht erst dann erfolgen solle, wenn der früher nothwendige gutsherrliche Consens verweigert würde. Auch ergeben viele in der stadtgerichtlichen Registratur befindliche, nach Publikation des A. L. R. errichtete Uebertrags-Contracte, daß solche Anfangs blos privatim errichtet, aber später die gerichtliche Bestätigung erhielten. Wenn es

num nach den Worten des A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 603., Th. I. Tit. 16. §. 413., Th. II. Tit. 17. §. 56. und A. G. O. Th. II. Tit. 1. §. 6. Nr. 3. und der Bestimmung des Königlichen Ober-Landes-Gerichts in dem Rescript an das hiesige Land- und Stadtgericht vom 15. August 1827 einleuchtend ist, daß zur Rechts-Beständigkeit einer Leibzucht ein gerichtlicher Contract nöthig, und dessen bloße gerichtliche Recognition nicht zureicht, daß vielmehr solche Leibzucht nach Vernehmung der Contrahenten und Beurtheilung der Sachverhältnisse gerichtlich regulirt, oder im contradictorischen Falle durch Erkenntniß festgesetzt werden muß; so folgt daraus eine Nichtigkeit des ganzen Uebertrags-Contractes nicht. Kläger mußte deßhalb mit seinem deßfallsigen Antrage zurückgewiesen werden. Richtig ist es zwar, daß Kläger nicht eher auf Erfüllung der Leibzucht klagen kann, bis solche gerichtlich regulirt ist. Es bleibt ihm unbenommen, hierauf anzutragen oder deßhalb klagbar zu werden. Keineswegs berechtigte ihn dies, auf Nichtigkeits-Erklärung des ganzen Vertrags anzutragen. Jener Regulirungs-Anspruch mußte deßwegen dem Kläger ad Separatum vorbehalten bleiben.

Das Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Hamm de publ. 10. Januar 1831 änderte das vorliegende Urtel des Land- und Stadtgerichts Soest dahin ab, daß der Vertrag vom 29. October 1821 für ungültig zu erklären, und daß Verklagter schuldig, den Lenzen Hof und die ihm in dem gedachten Vertrage übertragenen

Digitized by Google

Grundstücke herauszugeben, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Annahme, daß die Bestellung der Leibzucht in dem Vertrage vom 29. October 1821 nur ein Nebengeschäft sey, welches außer Verbindung mit der Uebertragung der Lenzen Colonie nebst Pertinenzien gedacht werden könne, wird durch den Inhalt dieses Vertrags widerlegt; denn nach demselben war vielmehr die Bestellung der Leibzucht eben so gut Hauptgeschäft, wie die Uebertragung der Colonie, und die Erlangung der Erstern nächste Veranlassung des Vertrages, eine andere erhellet wenigstens nicht.

Der Vertrag, wie er vorliegt, hat ganz die Natur eines Leibrenten-Contracts und erhält nur dadurch etwas Eigenthümliches, daß von der einen Seite als pretium eine Rusticalstelle, von der andern Seite als Gegenleistung statt einer jährlichen bestimmten Geldrente die Verpflegung in natura versprochen wird.

Man muß daher annehmen, daß die Bestellung der Leibzucht und die Uebertragung des Lenzen Hofes und der übrigen Grundstücke sich als Leistung und Gegenleistung bedingen, daher getrennt von einander gar nicht gedacht werden können, wenn gleich auch außer dieser Leibzucht der Schulze noch 700 Thlr. g. G. Schulden des Lenze zu berichtigen übernahm.

Die Bestellung der Leibzucht ist ein wesentlicher Theil des Vertrages, und wenn dieser Theil des Vertrages als ungültig betrachtet werden muß, kann auch der übrige Inhalt des Vertrages nicht bestehen bleiben. Die Ansicht des judicii a quo, daß die gerichtliche

Digitized by Google

Regulirung der Leibzucht annoch erfolgen könne, und dabei auch ohne Einverständniß der Partheien andere Bestimmungen, als die vertragsmäßig festgesetzten, getroffen werden könnten, ist unhaltbar. Denn ein Vertrag gilt nur durch das Einverständniß der Contrahenten, und es kann in demselben nichts gegen den Willen der Contrahenten festgesetzt werden. Auch würde der entgegengesetzte Grundsatz zu offenbaren Ungerechtigkeiten führen, denn wenn Jemand, zwar nicht in der gesetzlichen Form, aber doch gerichtlich sein Gut gegen eine von ihm verlangte Leibzucht, welche der Richter vielleicht nicht für angemessen erachtet, abgetreten hätte, so würde er gezwungen seyn, dem Andern, so bald derselbe auf gerichtliche Regulirung der Leibzucht antrüge, das Gut gegen die vom Richter beliebte zu belassen, obgleich er nur mit Berücksichtigung der größern das Gut abgetreten hat, und er wider seinen Willen das Gut abzutreten nicht schuldig ist. Wider Willen eines Contrahenten würde also das stipulirte Verhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung verändert, was ganz gegen die Natur eines zweiseitigen Vertrags anläuft. Muß dagegen der ganze Vertrag gerichtlich regulirt werden, so kann der Uebertragende zurücktreten, so bald der ganze Vertrag nicht zu Stande kommt. Nicht weniger muß man annehmen, daß die Unterlassung der gerichtlichen Regulirung des Leibzuchts-Vertrags dessen Nichtigkeit nach sich zieht, indem sich schon aus dem Ausdruck „reguliren" ergiebt, daß der Richter bei Abschließung des Vertrags selbst mitwirken soll, es also nicht auf eine Beglaubigung ankömmt; deßhalb steht auch §. 11. A. G. O. II. 1. nicht ent-

Digitized by Google

gegen, wonach die Nichtbeobachtung vorgeschriebener Förmlichkeiten, welche nur zur mehreren Beglaubigung dienen, nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Verbindlichkeit, das Versäumte nachzuholen, nach sich zieht. Denn die Vorschrift der gerichtlichen Regulirung ist nicht eine, nur zu Beglaubigung dienende, Form, sondern setzt eine causae cognitio des Richters voraus.

Die Nichtbeachtung der Vorschrift, (§. 3. 6. A. G. O. II. 1. und §. 603. A. L. R. I. 11.) daß der Leibzuchts-Vertrag nothwendig allemal gerichtlich „regulirt werden solle, zieht daher nach §. 109. cit. Ungültigkeit des Vertrags nach sich.

Der vom judex a quo zur Begründung seiner Annahme angeführte §. 125. A. L. R. I. 5. unterstützt dieselbe nicht, da bekanntlich durch den Ausdruck: „Tractate," rechtlich nicht bindende Unterhandlungen bezeichnet werden, wie auch der klare Zusammenhang des §. 125. cit. ergiebt.

Eben so wenig unterstützt §. 605. A. L. R. II. 11. die vom judex a quo angenommene Ansicht; denn eines Theils läßt sich die Existenz eines Provinzial-Gesetzes in Betreff der Form der Leibzuchts-Verträge nicht nachweisen, andern Theils ergiebt der Ausdruck des §. 603. l. c. „allemal," daß derselbe nicht blos subsidiarisch, sondern vor den Provinzal-Gesetzen zur Anwendung kommen soll. Auch geht daraus, daß §. 605. A. L. R. nur „nähere Bestimmung," den Provinzial-Gesetzen vorbehält, hervor, daß die vom Gesetzgeber bereits gegebenen Bestimmungen mit Ausschluß der Provinzial-Gesetze zur Anwendung kommen sollen. Die

Nichtigkeits-Erklärung des notariellen Vertrags vom 29. October 1821 zieht die Verurtheilung des Verklagten zur Zurückgabe alles dessen, was er durch diesen Vertrag erhalten, nothwendig nach sich, da er einen sonstigen Rechtsgrun.d zum Besitze nicht behauptet hat.

Das Ober-Landesgericht zu Münster bestätigte dies Appellations-Erkenntniß auf die Revision des Verklagten.

II.

Es folgten hierauf mehrere Rechtsstreite über dieselbe Frage, insbesondere folgender.

Durch den notariellen Vertrag vom 14. Septbr. 1825 wurde die Heirath des Friedrich Wilhelm Horstmann gnt. Wiethaus zu Asserde mit der Christina Friderika Schulze zu Vellmede eingeleitet, und von dem Vater des erstern, Johann Friedrich Horstmann gnt. Wiethaus, den Verlobten seine Colonie nebst inventario rustico gegen eine im Vertrage näher beschriebene Leibzucht übertragen. Die jungen Eheleute hatten den Besitz der Colonie auch wirklich angetreten, und die vereinigte Leibzucht geleistet. Der Vater trat nun 1831 mit der Klage auf Nichtigkeits-Erklärung des Vertrags wegen mangelnder gerichtlicher Form auf. Das Land- und Stadtgericht zu Unna erklärte durch das Erkenntniß vom 27. Januar 1832 den am 14. September 1825 zwischen den Partheien notariell abgeschlossenen Uebertrags- und Leibzuchts-Vertrag für ungültig, aus folgenden Gründen:

Was die Hauptsache anbetrifft, so halten Verklagte

Digitized by Google

den Vertrag, der mangelnden gerichtlichen Form ungeachtet, für gültig, weil

1) Kläger den gutsherrlichen Verband abgelöst habe, die Wiethaus-Colonie also keine Rustikalstelle sey;
2) weil der fragliche Vertrag nicht blos die Wiethaus-Colonie, sondern auch Erbländereien und Capitalvermögen zum Gegenstande habe, bei den letztern werde zum Vorbehalt einer Leibzucht nirgends gerichtliche Form verlangt;
3) sey die gerichtliche Form nicht bei Strafe der Nichtigkeit, sondern nur mehrerer Sicherheit wegen vorgeschrieben, das Document sey also immer als Punctation zu betrachten und könne die gerichtliche Form nachgeholt werden;
4) sey die fehlerhafte Form durch die bereits geschehene Erfüllung gehoben. Sämmtliche Einreden müssen jedoch verworfen werden. Nach §. 603. Tit. 11. Th. I. A. L. R. und §. 6. Tit. 1. Th. II. G. O. müssen nämlich Verträge, wodurch der Uebernehmer einer Rustikalstelle dem vorigen Besitzer Vortheile zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist, gerichtlich errichtet werden. Die Wiethaus-Colonie ist ein solches Grundstück, indem es von einer bäuerlichen Familie bewohnt und täglich zur Landwirthschaft benutzt wird. Es ist deßhalb gleichgültig, ob Kläger, wie gegenseits behauptet wird, die gutsherrlichen Rechte angekauft und jetzt voller Eigenthümer ist, der gesetzliche Begriff einer Rustikalstelle geht nicht verloren. Auch würde diese Ablösung, welche erst nach Abschluß des notariellen Vertrags

vom 14. Septbr. 1825 zu Stande gekommen, den Mangel der Form nicht heilen, da eine wegen mangelhafter Form vom Anfang an nichtige Handlung in der Folge niemals gültig werden (§. 43. Tit. 3. Th. 1. A. L. R.) kann.

Zur Gültigkeit eines Vertrags gehört wesentlich die vorgeschriebene Form (§. 109. Tit. 5. Th. 1. A. L. R.); nur wenn eine Strafe angedrohet ist, wird die Strafe eingezogen, der Vertrag bleibt gültig. Freilich scheinen die §. 11. Tit. 1. Th. II. G. O. und §. 41. Tit. 3. Th. 1. A. L. R., worauf Verklagte sich beziehen, das Gegentheil zu bestimmen, indem dort verordnet ist, daß nur dann die Nichtigkeit einer Handlung durch verabsäumte Form eintrete, wenn die Form bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sey. Dieser Widerspruch ist indessen nur scheinbar. Die letzteren Gesetze sind die allgemeineren, der §. 109. l. c. das Speciellere für die Form der Verträge und geht daher den erstern vor. Hiernach ist dann der Vertrag vom 14. Septbr. 1825 wegen versäumter gerichtlicher Form ungültig, und kann es nicht darauf ankommen, ob er eine Zeitlang erfüllt war.

Mit der Hauptbestimmung fallen auch alle Nebenbestimmungen, und können daher auch die Uebertragungen der Capitalien und Erbländereien nicht zu Rechte bestehen.

Hiernach war denn, wie geschehen, der notarielle Vertrag vom 14. September 1825 für ungültig zu erklären.

Das Ober-Landes-Gericht zu Hamm bestätigte durch das am 5. October 1832 verkündete Appellations-Er-

Digitized by Google

kenntniß das erste Urtel aus den darin angeführten nicht widerlegten Gründen. Das Geheime Ober-Tribunal änderte aber durch das am 11. October 1833 publicirte Revisions-Erkenntniß die beiden früheren Urtel dahin ab, daß der fragliche Vertrag um deßhalb, weil derselbe nicht gerichtlich errichtet worden ist, für ungültig nicht zu achten, der Kläger vielmehr mit der dieserhalb angestellten Klage abzuweisen. Die Gründe des höchsten Gerichtshofes sind die folgenden:

Die Gesetze verordnen zwar, daß der von dem Uebernehmer einer Rustikal-Stelle dem vorigen Besitzer anzuweisende Altentheil nothwendig gerichtlich, und zwar vor dem persönlichen Richter regulirt werden soll.

Der Grund dieser Verfügung wird jedoch in dem A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 604. deutlich genug dahin angegeben, daß der neue Besitzer dem abgehenden nicht solche übermäßige Vortheile einräume, durch welche er selbst unvermögend werde, der Stelle vorzustehen, und die Lasten derselben zu tragen.

Der neue Wirth würde also nach diesem Gesetze wohl befugt seyn, einen solchen außergerichtlich geschlossenen Vertrag anzufechten, und auf nachträgliche gerichtliche Regulirung des Altentheils anzutragen. Dem abgehenden Wirthe steht aber eine gleiche Befugniß nicht zu.

Der Vertrag vom 14. September 1825 enthält aber noch viel erheblichere Vereinigungen der Contrahenten, um deren Aufhebung es dem Kläger eigentlich zu thun ist, nämlich die Ueberlassung des Colonats und die Abtretung eines Theils des Vermögens des Klägers und seiner Ehefrau an deren Sohn und dessen verlobte Braut,

Digitized by Google

die Verklagte. Ein solcher Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen Vollziehung nicht. Dieser mußte daher bestehen, wenn gleich die Verabredung wegen des Altentheils nicht gültig seyn sollte.

Ja dieser Vertrag würde sogar aufrecht erhalten werden müssen, wenn er nicht einmal schriftlich errichtet worden wäre. Denn nach dem §. 1. war die eheliche Verbindung des Sohnes des Klägers mit der Verklagten der Endzweck und die Absicht desselben.

Nur damit die Verklagte den Sohn des Klägers heirathe, wurde dem Letztern ein Theil ihres Vermögens von seinen Eltern abgetreten. Diese Ehe ist vollzogen worden. Die Verklagte hat das gethan, wozu sie sich verpflichtet hatte. Das A. L. R. verordnet aber, Th. I. Tit. 5. §. 165.:

„Hat der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt, und sind diese geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen.“

Die vorigen Urtheile haben mithin geschehener Maaßen geändert werden müssen.

III.

Zu diesen zwei widersprechenden Revisions-Entscheidungen gesellt sich eine dritte.

Der Caspar Heinrich Brinkmaier zu Schwenningdorf schloß am 26. Septbr. 1822 mit seinem Stiefsohn Herrmann Heinrich, dem er in Zukunft das Colonat einräumen mußte, einen Vertrag ab, wodurch er ihm dasselbe

schon jetzt abtrat, und auf den Kotten in die Leibzucht zog. Der neue Colon versprach ihm dagegen 1600 Thlr. in Terminen zu bezahlen, und eine genau bestimmte Leibzucht zu gewähren. Als die Termine jener 1600 Thlr. nicht eingehalten wurden, klagte der Leibzüchter Brinkmaier gegen den Colonen Heinrich auf Zahlung der verfallenen Termine von 900 Thlr. Der Verklagte erwiderte, daß diese Geldsumme rechtlich als ein Theil der Leibzucht zu betrachten, selbe also durch einen Privat-Contract nichtig versprochen, und unverhältnißmäßig hoch sey. Sowohl vom Land- und Stadtgerichte zu Bünde (am 26. August 1829) als vom Ober-Landesgerichte zu Paderborn (30. April 1830) ward der Kläger mit der Klage auf Zahlung dieser Geldsumme abgewiesen. Die Gründe des Ober-Landes-Gerichts waren folgende:

Appellant behauptet zwar, der Vertrag vom 26. September 1822 enthalte zwei Verträge, nämlich die Stipulation einer Leibzucht, und eine Vergütung für die frühere Abtretung des Colonats, welche letztere außergerichtlich regulirt werden könnte, und daher jetzt eingeklagt würde. Allein der erwähnte Privat-Contract enthält eine solche causa debendi rücksichtlich der jetzt eingeklagten Summe durchaus nicht, und hat mithin Kläger seine Behauptung beim Mangel anderer Beweismittel nicht erwiesen. Indeß geht aus der ganzen Fassung des Vertrags deutlich hervor, daß dessen Tendenz lediglich dahin ging, dem Kläger für die Abtretung des Colonats eine Leibzucht festzusetzen. Es mag immerhin seyn, daß der antretende Colon dem Appellanten für die frühere Abtretung des Guts etwas zugebilligt habe, und daß

Digitized by Google

vielleicht ein Theil der jetzt eingeklagen Summe diese Vergütung bilde, daß sie aber in der ganz enormen Summe von 1600 Thlrn. bestanden haben sollte, findet sich nirgendwo. Man muß vielmehr annehmen, daß die jetzt eingeklagte Summe mit der Leibzucht in der genauesten Verbindung stehe, und beide gegenseitig auf sich gewirkt haben, so daß bei Bestimmung der Leibzucht auf die bereits im Eingange des Vertrages versprochenen 1600 Thlr. Rücksicht genommen ist. Die jetzt eingeklagte Summe ist daher als ein Theil der Leibzucht selbst zu betrachten und zu den Vortheilen zu rechnen, welche dem Leibzüchter zugestanden sind.

In einer Privat-Urkunde konnte dieses nicht geschehen, vielmehr ist eine solche nach Th. I. Tit. 11. §. 602. und 603. des A. L. R. nichtig, und kann diese Nichtigkeit nicht durch das gerichtliche Anerkenntniß des Beklagten gehoben werden, da hierdurch die erforderliche richterliche Confirmation nicht ersetzt werden kann. Es mußte deßhalb wie geschehen erkannt werden.

Das Ober-Landes-Gericht zu Halberstadt als Revisions-Colleg erkannte unterm 2. August 1831 für Recht, daß beide Erkenntnisse dahin abzuändern, daß Kläger und Revident nicht, wie geschehen, mit seiner Klage abzuweisen, vielmehr Verklagter und Revise schuldig, demselben 900 Thlr. nebst Verzugszinsen . . . . zu bezahlen.

Gründe.

Die Entscheidung dieses Rechtsstreits hängt allein von der Beantwortung der Frage ab, ob der Vertrag vom 26. September 1822 wegen Mangels der gerichtlichen Abfassung, unverbindlich ist oder nicht.

Digitized by Google

Der §. 603. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. verordnet freilich, daß ein Altentheils-Vertrag allemal gerichtlich regulirt werden soll. Aber nirgends ist in den Gesetzen bestimmt, daß ein auf andere Weise geschlossener Vertrag dieser Art unverbindlich seyn soll. Daher muß geprüft werden, welche Folgen die Verabsäumung der gesetzlichen Form eines Vertrages, nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen nach sich zieht.

In dieser Beziehung verordnen nun zwar die §§. 109. und 110. Tit. 5. Th. I. des Allg. Landrechts:

„Zur Gültigkeit eines Vertrages gehört auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form. Ist aber die Beobachtung dieser Form nur unter Androhung einer Strafe verordnet, so bleibt der Vertrag gültig, wenn auch die Form verabsäumt ist.“ Woraus man allerdings herleiten könnte, daß ein außergerichtlich geschlossener Altentheils-Vertrag ungültig sey.

Allein der §. 11. Tit. 1. Th. II. der A. G. O. bestimmt, daß in allen Fällen, wo die vorgeschriebene Form einer Handlung nicht beobachtet ist, die Frage, inwiefern deßhalb die Handlung selbst nichtig und unkräftig sey, oder nur eine Verbindlichkeit der Contrahenten zur Nachholung der verabsäumten Form begründet werde, nach den besonderen Vorschriften der Gesetze in Ansehung eines jeden besonderen Rechtsgeschäfts beurtheilt werden sollte, und daß im zweifelhaften Falle nicht die gänzliche Nichtigkeit des Geschäfts, sondern nur eine Verpflichtung der Contrahenten zur Nachholung der versäumten Formalität anzunehmen sey. Uebereinstimmend hiermit setzen auch die §§. 40. und 41. Tit. 3. Th. I.

Digitized by Google

des Allg. L. R. fest, daß aus der verabsäumten Form einer Handlung die Nichtigkeit der letztern nur dann folgt, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert, und daß im zweifelhaften Falle nur vermuthet werden solle, daß die Form zur mehreren Gewißheit und Beglaubigung der Handlung vorgeschrieben sey. Da nun der §. 603. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. nicht ausdrücklich bestimmt, daß ein außergerichtlich geschlossener Altentheils-Vertrag ungültig seyn sollte, so muß angenommen werden, daß die gerichtliche Form blos zur mehreren Beglaubigung und Gewißheit eines Altentheils-Vertrages und insbesondere zur Erreichung des im §. 604. loco citato ausgesprochenen Zweckes vorgeschrieben, mithin die Verabsäumung der Form nur die Verpflichtung zur Nachholung begründe. Die Nachholung dieser Form braucht aber im vorliegenden Falle der Klage auf Erfüllung nicht vorauszugehen, theils weil nach Analogie der §§. 413. und 414. Tit. 16. Th. I. des A. L. R., wonach Verträge über künftige Alimente gerichtlich abgeschlossen werden sollen, aus Verabsäumung dieser Form aber nicht der Verpflichtete, sondern nur der Berechtigte einen Einwand gegen die Gültigkeit des Vertrages entnehmen kann, der Revise nicht berechtigt ist, die mangelnde gerichtliche Form vorzuschützen, theils weil der quaest. Vertrag, da er alle wesentliche Bedingungen des Geschäfts enthält und von beiden Theilen unterschrieben ist, doch mindestens die Wirkung einer Punktation hat, aus einer solchen aber nach §. 120—122. Tit. 5. und §. 17. Tit. 10. Th. I. des A. L. R. nicht blos,

Digitized by Google

sofern es zur gerichtlichen Verlautbarung, Bestätigung oder Eintragung erforderlich ist, auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Contrakts, sondern auch ohne diese sofort auf Erfüllung geklagt werden kann; theils endlich, weil der Revise die Erfüllung des Vertrags vom 26. Septbr. 1822 von dem Revidenten durch Tradition des Colonats bereits angenommen hat, und daher, nach § 156. Tit. 5. loc. cit, da er die Aufhebung des Vertrages gar nicht verlangt hat, auch verpflichtet ist, denselben von seiner Seite vollständig zu erfüllen.

Davon ganz abgesehen, enthält aber auch der Vertrag quaest. offenbar zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte, nämlich einmal eine vergleichsweise Bestimmung der Höhe der, dem Revidenten gesetzlich gebührenden, Leibzucht, und dann eine Verabredung über die dem Revidenten für die Abtretung des Colonats, vor Ablauf der Mahljahre und für die in das Colonat verwendeten Meliorationen zu gewährende Entschädigung. Diese letztere Verabredung ist allein Gegenstand des jetzigen Prozesses, und sie bedurfte, da der Revise schon Eigenthümer, der Revident aber nur Nießbraucher des Colonats war, mithin nur über die Beendigung des Nießbrauchs und Entschädigung des Nießbrauchers für seine Meliorationen, aber nicht über das Eigenthum des Colonats contrahirt wurde, nach §. 131. Tit. 5. Th. I. des A. L. R. nur der schriftlichen Abfassung zu ihrer vollständigen Gültigkeit. Revise muß daher, da er materielle Einwendungen gegen die von ihm übernommene Verbindlichkeit vorzubringen nicht vermocht hat, jedenfalls zur Erfüllung derselben angehalten werden.

Digitized by Google

Hiernach rechtfertigt sich die Verurtheilung des Revisen zur Zahlung der eingeklagten Capitalien, seine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen seit den resp. Verfalltagen wird durch §. 65. Tit. 16. Th. I. des Allg. L. R. begründet.

IV.

Es liegen also drei wesentlich verschiedene Entscheidungen vor. Die eine, des Landgerichts in Soest und des Geheimen Ober-Tribunals, läßt den Uebertrags-Contract gelten, die damit verbundene Leibzuchtbestimmung aber gerichtlicher Regulirung auf Anrufen des angehenden Wirths unterliegen. Die andere, der Ober-Landesgerichte in Hamm, Münster und Paderborn, sowie der Landgerichte in Unna und Bünde, hält beide Verträge für ein Ganzes, und wegen ermangelnder gerichtlicher Regulirung nichtig. Die dritte, des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt, hält den außergerichtlichen Altentheils-Vertrag nicht für ungültig, gestattet die Nachholung der gerichtlichen Form, und läßt das Vertragsverhältniß bis dahin bestehen.

Wenn überhaupt das Object der §§. 602. ff. A. L. R. Th. I. Tit. 12. vorhanden, dürfte die Ansicht des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt sehr zweifelhaft erscheinen, da es sich hier nicht um eine bloße Form, sondern um gerichtliche Einwirkung handelt, ohnedem aber auch die §§. 109. 110. A. L. R. Th. I. Tit. 5. zu klar sind, als daß, wo eine Form ohne Androhung einer Strafe vorgeschrieben worden, das die Form nicht an

Digitized by Google

sich tragende Geschäft gültig seyn könnte. Eben so gewagt ist die andere Ansicht, welche Vertrags-Stipulationen, die sich wie Leistung und Gegenleistung verhalten, in zwei besondere Verträge zerlegt, von denen der eine gilt, der andere vom Gerichte modifizirt wird, so daß endlich ein ganz anderer Vertrag, als der geschlossene, zur Vollziehung kommt. Was nun vollends den letzten Grund des Geheimen Ober-Tribunals betrifft, dürfte dieser kaum irgend haltbar erscheinen. Er verwechselt die Handlung, welche zwei eine Hauptparthei bildende Personen einander leisten sollen, mit Handlungen, die sich die eine Hauptparthei von der anderen bedingt, wie sich aus §. 166. 167. A. L. R. Th. I. Tit. 5. von selbst ergiebt. Unter den Contrahenten war im Wiethhausschen Falle die Ehe die Veranlassung, die Etablirung der jungen Eheleute der Zweck des Vertrages, das Object desselben war aber das Gut und die dagegen übernommene Leibzucht, also Sachen. Wenn das Geheime Ober-Tribunal aus dem Grunde, daß die Ehe einmal abgeschlossen, den Contract auch als mündlichen aufrecht erhalten will, so wird eigentlich nur indirekt gegen §. 168. A. L. R. Th. I. 5. eine Entschädigung wegen verweigerter Erfüllung eines mündlichen Vertrags bezweckt. Man würde sehr Unrecht haben, aus solchen gelegentlichen Aeußerungen des Gerichts ein Präjudiz rücksichtlich des nicht prinzipal zur Entscheidung gestandenen Rechtssatzes ableiten zu wollen. Die Sache selbst kann übrigens nicht blos aus den einzelnen zur Sprache gekommenen Paragraphen des Allg. Landrechts entschieden, es muß tiefer zurück gegangen werden. Es wird uns erlaubt seyn, in

Digitized by Google

dieser so sehr bestrittenen Lehre eine vierte Meinung zu wagen.

Das Allgemeine Land-Recht handelt im sechsten Abschnitte des 11. Titels Th. I. von gewagten Geschäften. Als 7tes gewagtes Geschäft kommen hier §. 595: „Fortdauernde Prästationen, welche nach der Lebenszeit eines Menschen, oder nach einem andern ungewissen Zeitraum durch Vertrag bestimmt werden," vor. [3]) Insbesondere wird hier §. 598. ff. das Witthum aufgeführt. Das 9te gewagte Geschäft ist der Leibrenten-Vertrag (§. 606 ff.): „vermöge dessen sich Jemand gegen Empfang einer Summe Geldes, zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet." Das Unterscheidende im Verhältniß zum allgemeinen Geschäfte der Erwerbung einer fortdauernden Prästation nach der Lebenszeit eines Menschen ꝛc. (§. 595.) liegt hier also in dem Empfang der Summe Geldes als Entstehungsgrund der Leibrente. Dies ergiebt sich insbesondere aus den §§. 607. 608., wonach zwar statt des baaren Geldes auch die Ueberlassung eines Grundstückes, einer Gerechtigkeit, oder einer andern Sache, der Entstehungsgrund der Leibrente seyn kann, alsdann aber die Contrahenten sich über einen nach Gelde bestimmten Werth, wofür die Sache angeschlagen seyn solle, vereinigen müssen. Dies war nothwendig, weil sonst das Geschäft mit dem des §. 595. zusammengefallen seyn würde. Zwischen beiden in der Mitte steht nun das

---

[3]) Das Marginale „Vom Ankaufe fortdauernder Prästationen," ist irrig, da von einem Ankaufe hier nicht nothwendig die Rede ist, z. B. beim Witthum §. 597 ff.

Digitized by Google

8te gewagte Geschäft, der Auszug oder Altentheil. (§. 602.) Da auch Bauern die Geschäfte der §§. 595. 606. eingehen können, und da der Altentheil an und für sich offenbar unter den §. 595., und wenn dabei das übertragene Gut zu Gelde angeschlagen ist, unter den §. 606. gehört, so besteht der rechtliche Unterschied hier nur in dem Begriff der Rustikalstelle. Man hat hier einen Gegenstand des deutschen Privatrechts abgehandelt, und darum auch wegen der näheren Bestimmungen auf die Provinzial-Gesetze verwiesen. Das Eigenthümliche ist hier die Vorsorge für den neuen Besitzer, daß dieser dem abgehenden nicht solche übermäßige Vortheile einräume, wodurch er selbst der Stelle gehörig vorzustehen und die Lasten derselben zu übertragen unvermögend werde. Diese Vorsorge war in Deutschland allgemein; fast überall war dem Gutsherrn die Befugniß, die Einwilligung zur Leibzucht in solchen Fällen zu versagen, ertheilt, [4]) und es ist dies gewöhnlich mit der Einwirkung zur Verhinderung zu hoher Brautschätze und Kindtheile verbunden, welche ja auch der Regel nach in denselben Uebertrags-Verträgen, welche die Leibzucht anordnen, bestimmt werden.

---

[4]) S. z. B. Minden-Ravensberg. Eigenth. Ord. Cap. XII. Osnabrückische Eigenth. Ord. Cap. VII. §. 10. Münster. Eigenth. Ord. Th. II. Tit 10. §. 2. Münster. Erbpacht-Ordnung §. 148. 149. Paderbornsche Verordnung vom 21. März 1720. §. 8. und vom 21. November 1724. Polizei-Ordnung des Herzogthum Westphalen von 1723. Tit. 35. §. 4. Verordnung für das Herzogth. Westphal. vom 27. November 1753. S. überhaupt Runde die Rechtslehre von der Leibzucht, §. 513. 514.

Digitized by Google

Die richterliche Einwirkung fand hier nun schon an sich statt, wenn die Weigerungs-Gründe des Gutsherrn angefochten wurden.[5]) Es ist aber auch überhaupt in den meisten Provinzial-Gesetzen, weniger jedoch in den Westphälischen, wo man sich, Paderborn, Hildesheim, Lippe und das Herzogthum Westphalen ausgenommen, mit der gutsherrlichen Genehmigung begnügt, die gerichtliche Bestätigung der Uebergabe- und Leibzucht-Gedinge vorgeschrieben.[6])

In diesen Verhältnissen des deutschen Privatrechts haben die hier vorliegenden landrechtlichen Bestimmungen nun ihren Grund. Schon die Verordnung vom 8. Novbr. 1773 für Cleve-Mark[7]) erforderte die gutsherrliche Einwilligung, es sollte keinem Pächter contribuabler Landgüter erlaubt seyn, „ohne Vorbewußt und Einwilligung des Gutsherrn, zum Beschwer des Hofes und der Fortfahrung, Schulden zu contrahiren, Leibzucht zu bestimmen, noch sich oder seinen Nachfolger in der Pacht zu Bezahlung einiger Brautschätze und Ausrüstungen zu verbinden.“ Ganz vorzüglich aber wurde dieser Gegenstand in Schlesien aufgegriffen. Ein Regierungs-Circulare an sämmtliche Landräthe wegen Einschränkung der Ausgedinge bei Veräußerung der Rustikal-Fundorum d. d. Breslau den 17. Januar und Glogau den 1. Februar 1774[8]) setzte fest: „daß die Dominia und Grund

---

[5]) Runde, S. 516.

[6]) S. das Verzeichniß bei Runde, S. 522.

[7]) Scotti, Sammlung Cleve-Märkischer Gesetze, Band 3. S. 2022. 2023.

[8]) S. Sammlung aller in dem Herzogthum Schlesien und Grafschaft Glatz in Finanz- und Polizei-Sachen während

Obrigkeiten schuldig und verbunden seyn sollen, bei Constituirung dergleichen Ausgedinge jedesmal genau darauf zu sehen, daß solche die Kräfte des Fundi nicht übersteigen, als welchenfalls selbige dergleichen Ausgedinge schlechterdings nicht nachgeben, noch solche herrschaftlich bestätigen, sondern vielmehr vorzüglich darauf Bedacht nehmen sollen, daß der neue Wirth dabei bestehen könne, und im Stande bleibe, ohne Minderung der zu Bewirthschaftung und zu seiner und seiner eigenen Familie Unterhaltung erforderlichen Bedürfnisse, insonderheit aber ohne Schwächung und Deteriorirung des Guts selbst, den darauf zu constituirenden Auszug nicht nur, sondern auch vor allen Dingen die darauf haftenden sowohl publique als herrschaftlichen onera zu prästiren, wie denn insonderheit auch die Dominia schlechterdings nicht gestatten sollen, daß Bauern und andere Rustikal-Besitzer, wenn sie noch bei guten Jahren und gesunden Leibesumständen sich befinden, ihre Güter und fundos blos aus Faulheit, Ueberdruß der Arbeit, und um sich blos mehrere Gemächlichkeit zu verschaffen, an Fremde verkaufen, oder an ihre Kinder abtreten, und sich dabei ersten oder letztern Falls ungebührlich große Auszüge und Ausgedinge zu Lasten des Guts und des neuen Besitzers vorbehalten, als wodurch, wie vor erwähnt, am Ende der Ruin beider erwachsen muß, zu geschweigen, daß durch die uneingeschränkte Gestattung dergleichen

---

der Regierung Friedrichs II. ergangenen Ordnungen ꝛc. Band 14. Nr. 70. S. 127. 128. Auch bei Runde S. 136. ff.

Digitized by Google

Menées der Bauern und Landleute um, (wie der ihnen gewöhnliche Ausdruck lautet) sich zur Ruhe zu setzen, dem Lande ein großer Theil arbeitsfähiger und zur Arbeit geborner Menschen entzogen wird."

Der Schluß des Circulars gibt neuerdings Kunde von der damaligen Anschauung des Staats als eines großen Arbeitshauses. Das Circulare an sämmtliche Landräthe, die nähere Bestimmung des Ausgedinges bei Rustikal-Fundis d. d. Glogau den 30. Novbr. 1784 und Berlin 24. März 1785 [9]) beschwert sich, daß die Dominien das Circulare theils gar nicht, theils nicht in der verordneten Art befolgt haben. Sehr weitläufig werden die Nachtheile der Ausgedinge auseinandergesetzt, man beruft sich darauf, daß ja in den Städten solche Ausgedinge nicht gewöhnlich seyen, und erklärt geradezu, daß es zum Besten des Staats, der Dominiorum und der Dorfgemeinden gereichen werde, wenn die Constituirung der Ausgedinge bei Rustikal-Fundis durchaus verboten würde. Für den Fall, daß man aber die Ausgedinge nicht völlig abschaffen wolle, werden über ihre Einschränkung eine Menge Bestimmungen erlassen, denen man es häufig ansieht, daß sie in der Schreibstube entworfen.

Sey es nun, daß die Einwirkung der Dominien häufig durch den Gerichtshalter geschah, oder daß man, weil nach dem letzten Circulare die Dominien der Erwartung nicht entsprochen hatten, den Zweck durch die Gerichte besser zu erreichen glaubte, genug, das in jener

---

[9]) Angeführte Sammlung S. 244 — 252. Auch bei Runde, S. 140 ff.

Digitized by Google

Zeit redigirte Allg. Landrecht wies die Regulirung der Altentheile dem Richter zu, und übernahm im §. 604. I. 11. die Rücksichten der Schlesischen Circulare. [10])

Die weitläufigen Erörterungen des zweiten Schlesischen Circulares waren zur Aufnahme ins Landrecht nicht geeignet, und es wurden daher im §. 605. die nähern Bestimmungen den Provinzial-Gesetzen vorbehalten. Es sind dergleichen aber nicht erlassen, das Ostpreußische Provinzialrecht, das einzige redigirte Prov. Recht, enthält nicht das Geringste darüber.

Um nun das Objekt des Gesetzes zu finden, ist eine nähere Erörterung über den Begriff der Rustikalstellen erforderlich. Diese ergiebt sich aus dem 7. Titel des II. Theils. Der Bauernstand umfaßt alle Bewohner des platten Landes, welche sich mit dem unmittelbaren Betriebe des Ackerbaues und der Landwirthschaft beschäftigen, insofern sie nicht durch adeliche Geburt, Amt, oder besondere Rechte von diesem Stande ausgenommen sind. (§. 1.) Wer einmal zu diesem Stande gehört, bleibt darin, er darf ohne Erlaubniß des Staats weder selbst ein bürgerliches Gewerbe treiben, noch seine Kinder dazu widmen. (§. 2.) Er ist die Cultur seines Grundstücks, auch zur Unterstützung der gemeinen Nothdurft, wirthschaftlich zu betreiben schuldig (§. 8.), er kann dazu von dem Staate durch Zwangsmittel genöthigt, und bei beharrlicher Vernachlässigung, sein Grundstück an einen Andern zu überlassen angehalten werden. (§. 9.) Die

---

[10]) Ein neuer Beweis der großen Einwirkung Schlesischer Verhältnisse auf die damalige Gesetzgebung.

Anzahl der bäuerlichen Besitzungen auf dem Lande soll weder durch Einziehung der Stellen und der dazu gehörigen Realitäten, noch durch das Zusammenschlagen derselben vermindert werden (§. 14.), vielmehr sind die Gutsherrschaften für die gehörige Besetzung der vorhandenen beackerten Stellen und Nahrungen in den Dörfern bei eigener Vertretung zu sorgen schuldig. (§. 15.) Zu Hand- und Spanndiensten ist der Bauernstand dem Staate besonders verpflichtet (§. 13.), und es dürfen daher auch Verwandlungen solcher Bauernahrungen, auf welchen Gespann gehalten werden muß, ohne besondere Genehmigung des Staats nicht vorgenommen werden. (§. 16.) Der größte Theil der Bauern war erbunterthänig, als solche waren sie zwar Eigenthümer ihrer Stellen (§. 246.), sie konnten dieselben aber ohne herrschaftlichen Consens nicht veräußern oder belasten (§. 247. 248.), und die Herrschaft konnte Herabsetzung der Kindtheile, welche der unterthänige Vater bestimmt, verlangen. (§. 270.)

Solche Rustikalstellen existiren nun, so weit die bäuerlichen Verhältnisse regulirt sind, nicht mehr. Das Edikt vom 9. October 1807 erklärte jeden Einwohner des Staats zum eigenthümlichen und Pfandbesitze unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtigt, den Edelmann zum Besitz bäuerlicher Güter, sonst nach A. L. R. II. 10. §. 73. in der Regel verboten, und den Bauer zum Besitz bürgerlicher und adelicher Güter, sonst nach §. 51. A. L. R. II. 10. in der Regel auch verboten. Theilweise Veräußerungen, Theilungen der Güter wurden erlaubt, eben so die sonst verbotenen Einziehungen einzelner Bauernhöfe oder ländlicher Besitzungen, wenn keine Rechte der

Digitized by Google

Besitzer entgegenstehen. Die Gutsunterthänigkeit wurde aufgehoben, es sollte nur freie Leute geben, bei denen nur die Verbindlichkeiten, welche ihnen als freien Leuten vermöge des Besitzes eines Grundstückes oder eines besonderen Vertrags obliegen, in Kraft bleiben.[11]) Das Edikt zur Beförderung der Landcultur vom 14. Septbr. 1811 [12]) hob (§. 1.) alle Beschränkungen des Grundeigenthums, welche aus der bisherigen Verfassung entsprangen, auf, und setzte fest, „daß jeder Grundbesitzer ohne Ausnahme befugt seyn solle, über seine Grundstücke insofern frei zu verfügen, als nicht Rechte, welche Dritten darauf zustehen, und aus Fideikommissen, Majoraten, Lehnsverband, Schuldverpflichtungen, Servituten und dergleichen herrühren, dadurch verletzt werden. Demgemäß kann, mit Ausnahme dieser Fälle, jeder Eigenthümer sein Gut oder seinen Hof durch Ankauf oder Verkauf oder sonst auf rechtliche Weise willkührlich vergrößern oder verkleinern. Er kann die Zubehörungen an einen oder mehrere Erben überlassen. Er kann sie vertauschen, verschenken oder sonst nach Willkühr im rechtlichen Wege damit schalten, ohne zu einer dieser Veränderungen einer besonderen Genehmigung zu bedürfen.“ Dieselbe Bestimmung erläßt das Edikt, die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betreffend, vom 14. Septbr. 1811 §. 31. für den Fall, wo das volle Eigenthum in Folge einer Auseinandersetzung in Wirksamkeit getreten ist. [13]) Die alten Bauernstellen erhalten durch dies

11) Gesetz-Sammlung von 1806 bis 1810. S. 171—173.

12) Gesetz-Sammlung von 1811. S. 300 ff.

13) Gesetz-Sammlung von 1811. S. 291.

Digitized by Google

Gesetz die wesentlichsten Veränderungen, von den zu Erbrecht besessenen gibt der Besitzer dem Gutsherrn $^1/_3$, von den übrigen $^1/_2$ ab [14]), und wird dagegen von den gutsherrlichen Abgaben frei; der Gutsherr kann über den ihm zugefallenen Antheil eben so willkührlich verfügen, als der zu freiem Eigenthümer gewordene Bauer.

Das Objekt des §. 603. A. L. R. Th. I. Tit. 11., Rustikalstellen im Sinne des Allgemeinen Landrechts, zu deren Erhaltung und Prästationsfähigkeit für Gutsherrn und Staat ein ganzer Cyclus von Bestimmungen getroffen, existirt nach den gedachten Separationen nicht mehr, die Gesetzgebung hat dies Objekt mit seinen Vinkulationen vernichtet, sie will nur gemeinrechtliche Alode kennen. Von einem früheren einzelnen Mittel, die Rustikalstelle zu erhalten, kann nicht mehr die Rede seyn, der Staat erkennt forthin weder diesen Zweck, noch sein Objekt an. Der Begriff des Bauern als eines von jedem andern Landbewohner verschiedenen Staatsunterthan ist erloschen. Wenn der Bauer willkührlich die ganze Stätte parzelliren, veräußern kann, wie kann es da noch von Interesse seyn, ob und wie er sie vorübergehend durch eine Leibzucht belastet? Zu keiner nach Willkühr vorgenommenen Verfügung bedarf der Bauer forthin einer besonderen Genehmigung, wie der §. 1. des Land-Cultur-Edikts vom 14. Septbr. 1811 ausdrücklich bestimmt, was kann uns berechtigen, gegen diese allgemeine Satzung noch die Bestimmung der §§. 603. 604. A. L. R. I. 11. bestehen zu lassen? Es handelt sich hier

---

[14]) Ges. Samml. S. 294. §. 10. S. 292. §. 37.

Digitized by Google

ja nicht blos um die Form eines Vertrages, sondern um eine gerichtliche Regulirung, um ein selbstthätiges richterliches Eingreifen, gegründet auf die Vinkulation und Bevormundung, der früher überhaupt der Alt-Preußische Bauernstand unterlag, und diesem steht die neue Freiheit und Eigenthum der Bauern diametral entgegen.

In den diesseit-elbischen Provinzen gilt nicht nur das Land-Cultur-Edikt vom **14. Septbr. 1811** [15]), sondern es war dort auch durch die anerkannte fremde Gesetzgebung mindestens der Zustand von Freiheit und gemeinrechtlichen Eigenthum, wie jenseits der Elbe, eingeführt. Es giebt dort Niemand mehr, der sich um Leibzuchtsverhältnisse zu kümmern hätte. Die eigentliche Leibzucht im juristischen Sinne setzt ein gutsherrliches Verhältniß voraus, welches hier doch aufgehoben und entweder in ein bloßes Ober-Eigenthum oder in das Recht eines Realgläubigers verwandelt ist.

Was also jetzt an Altentheil verschrieben wird, fällt nicht mehr unter das deutschprivatrechtliche Geschäft der §§. 603 — 605. Allg. L. R, Th. I. Tit. 11., sondern unter die allgemeinen Satzungen der §§. 595 ff. daselbst, oder auch der §§. 606 ff., wenn nach §. 608. der Werth des übertragenen Guts angeschlagen ist. Von einer gerichtlichen Regulirung kann sonach beim Altentheil so wenig, als bei der vertragsmäßigen Bestimmung sonstiger fortdauernder Prästationen die Rede seyn. Beständen die alten Verhältnisse noch, so würden die jetzt

---

[15]) S. Min. Rescr. vom 27. Jan. 1832 im Jahrb. Bd. 32. S. 114. 115.

Digitized by Google

verhandelten Controversen schwerlich entstanden seyn, oder doch wenigstens leicht eine Entscheidung gefunden haben. In den bei weiten mehrsten Fällen war der Uebertrags- und Leibzuchts-Vertrag ein Ganzes, und es verstand sich von selbst, daß, wenn die bedungene Leibzucht vom Gerichte, was hier im Interesse des Staats und des Gutsherrn handelte, nicht angemessen befunden ward, der ganze Vertrag nicht zur Vollziehung kommen konnte, sofern man nicht den richterlichen Vorschlag durch eine neue Vereinigung nachträglich genehmigen wollte. Ward aber die Leibzucht selbstständig bestimmt, weil die Abtretung des Gutes ohnedem schon als Pflicht fest stand, wie z. B. beim Interimswirth, bei der Untüchtigkeit des alten Wirths, so mußte natürlich derjenige, dem daran gelegen war, die gerichtliche Regulirung veranlassen, weil dieser Gegenstand nun einmal der ganz freien Vereinigung der Betheiligten gesetzlich entzogen war.

Es dürfte unsern Richtern auch schwer werden, eine Leibzucht zu reguliren. In Folge der dem Bauernstande gewordenen Freiheit sind dessen Vermögens-Verhältnisse nicht mehr so einfach, als früherhin, besonders auch, da nicht zugleich, wie früher gewöhnlich, die Brautschätze der übrigen Kinder regulirt und so die Verhältnisse des ganzen Vermögens, die dem Uebernehmer bleibenden Leistungskräfte, klar vorgelegt werden.

Zum Schlusse ist noch einer irrigen Meinung von Bielitz zu erwähnen. Derselbe stellt [16]) die Behauptung auf, der Altentheil könne auch bei anderen Grund-

---

[16]) Commentar zum A. L. R. Bd. 2. S 598. 599.

Digitized by Google

stücken, als bäuerlichen, vorkommen, der Ausdruck des §. 602. I. 11. „Rustikalstelle“ deute nur so viel an, daß der Vorbehalt des Auszugs unter Bauersleuten am gewöhnlichsten vorkomme, denn die Gestattung des nämlichen Vorbehalts bei andern Grundstücken folge schon aus den vorhergehenden §. 595. und wenn man auch denselben bei andern Grundstücken nicht Auszug oder Altentheil nennen wolle, so ändere dieses doch nichts in der Sache selbst, und in Ansehung der dabei zu befolgenden Regeln. Bielitz hat übersehen, daß eben die „Rustikalstellen“ den Altentheil zu einem besonderen Rechtsgeschäfte macht, welches sonst unter den §. 595. gefallen seyn würde, er übersieht, daß die Rechtsgeschäfte des §. 595. eben den beschränkenden Bestimmungen nicht unterliegen, die beim Altentheil nach §. 603 ff. zur Anwendung kommen.

Digitized by

IV.

Ist der Verkäufer nach Preußischem Recht allgemein berechtigt, den Kauf-Contract für den Fall, daß der Käufer den Kaufschilling nicht bei der Uebergabe zahlt, aufzuheben?

Von

Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar **K. G. Korte**
in Hamm.

In der Theorie und Praxis hat man bisher den §. 230. Th. I. Tit. 11. des Allg. L. R. nur auf eine und dieselbe Weise ausgelegt. Derselbe lautet:

„Ebenso kann der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern und den Contract aufheben."

Man räumt auf Grund desselben dem Verkäufer das Recht ein, in allen Fällen, wenn gegen Uebergabe der Sache das Kaufgeld nicht gezahlt, wo also nicht Zug um Zug erfüllt werde, vom Vertrage einseitig zurückzugehen, und entweder die Sache nicht auszuhändigen, oder wieder zurückzufordern, (§. 226 ibid.) Nur die eine Ausnahme läßt man gegen diese Regel gelten,

Digitized by Google

daß, wenn der Verkäufer sich nicht innerhalb 8 Tagen gerichtlich melde, wenn er so viel Credit gegeben habe (§. 224. ibid.), das Recht zum Rücktritt erloschen sey. [1])

---

[1]) Es ist bereits in der Zeitschrift für wissenschaftl. Bearbeitung des Preuß. Rechts, von Simon und v. Strampff, 1. Bd. S. 21 ff. 1. Bd. S. 432 ff., gezeigt worden, daß das Wort Borgen, wovon in den §§. 224 und 226 cit. die Rede ist, nicht so auszudeuten sey, als ob nach Verlauf der 8tägigen Frist, der Kaufpreis wie ein Darlehn gekündigt werden müsse oder wenigstens erst vom Tage der Mahnung Verzugszinsen trage. Denn diese Ansicht würde dem §. 227., sowie dem Grundsatze, daß Niemand Kaufpreis und Sache zugleich nutzen darf, schnurstracks entgegenlaufen. Vielmehr ist die Wirkung des nach 8 Tagen eingetretenen Credits lediglich die in §. 226. schon angedeutete, es soll nämlich kein Rücktritt vom Contract weiter stattfinden. Dies ergiebt sich aus dem ersten Entwurf des L. R. ganz deutlich. Sonderbarer Weise aber verweist der §. 226., der nach Verlauf von 8 Tagen ein Revocationsrecht in Betreff der bereits übergebenen Sache statuirt, auf den §. 230., wo dem Verkäufer nur das Recht beigelegt wird, die Uebergabe zu verweigern, und den Contract aufzuheben, wenn das pretium nicht gezahlt wird. Diese Inconsequenz ist, wie in der erwähnten Zeitschrift, Band I. S. 21 ff., nachgewiesen, durch Ueberarbeitung der Prinzipien über den Rücktritt vom Kaufgeschäft entstanden, während man die §§. 224—226. unter der Rubrik: Pflichten des Käufers, ungeändert stehen ließe. Aus dem §. 230. in Verbindung mit §. 226. hat sich nun die oben gedachte allgemeine Meinung über das Recht des Verkäufers zum Rücktritt gebildet. Vergl. von Rönne, Handbuch des Preuß. Civ. R. §. 267.

Digitized by Google

Wie folgenreich dieser Satz ist, sieht man von selbst ein; vielleicht die Hälfte der Kaufgeschäfte kommt nicht zur Perfection, wenn man dem Verkäufer dieses jus poenitendi allgemein zugesteht.

Der Kauf würde zugleich eine höchst singuläre Ausnahme von den übrigen Verträgen machen, indem die von der Gegenseite ausbleibende Erfüllung in der Regel nicht zum Rücktritt, sondern nur zur Zurückhaltung seiner eigenen Leistung und zur Klage auf Erfüllung berechtigt.

A. L. R. I. 5. §. 393. 394. I. 16. §. 22.

Nur dann steht dem einen Contrahenten unter Umständen und Modificationen der Rücktritt frei, wenn der Andere die Erfüllung aus dem Grunde weigert, weil der Gegentheil seinerseits nicht erfüllt habe, oder nicht gehörig erfüllen könne, und wenn vorab dieser Weigerungsgrund gerichtlich untersucht ist.

A. L. R. I. 5. §. 396 ff.

Nimmt man an, der Kauf setze sich über diese Prinzipien hinweg, so fragt sich zunächst, ob etwa in dem bei der Abfassung des Landrechts zu Grunde gelegten gemeinen Rechte der Keim einer so exorbitanten Bestimmung zu finden ist.

Nach Röm. Recht ist Grundsatz, daß auf den Käufer, so lange er den versprochenen Preis nicht bezahlt

---

Bielitz, Commentar, Band 2. S. 462. Merkel, Commentar, Band 1. zu Theil I. Tit. 11. §. 230. (Indem dieser letztere anmerkt: „dieser §. scheint auch auf unbewegliche Sachen zu gehen," scheint ihn eine entfernte Ahnung von den hier vertheidigten Ansicht angewandelt zu haben.)

hat, und nicht etwa Kredit gegeben worden ist, das Eigenthum der Sache nicht übergeht.

§. 41. J. de rer. div. (2. 1.)

L. 38. §. 2. D. de liberali causa (40. 12.)

L. 19.[2]) L. 53. D de contrah. emt. (18. 1.)

Es scheint also hiernach, als ob der Verkäufer, da er bis zum Empfang des pretii Eigenthümer der Sache bleibt, dieses Eigenthum bis dahin auch vindiciren könne, wodurch denn dem Effekt nach ein Rücktritt vom Vertrag bewirkt würde. Es käme also das Resultat heraus, daß der Kauf als Consensual-Contract, mit den Innominal-Contracten, mit der permutatio u. s. w. hinsichtlich des jus poenitendi auf eine Linie gestellt wäre. Bekanntlich stand bei den ungenannten Real-Contracten dem, der bereits vorgeleistet hatte, die condictio ob causam datorum zu, wenn die Gegenleistung nicht zu rechter Zeit erfolgte. Und allerdings steht das Kaufgeschäft, wenn man die Sprache fein nimmt, den Real-Contracten in einer Beziehung ganz gleich. Das, wodurch die emtio venditio ihre Realisirung erhält, Uebergabe der Sache und Zahlung des Kaufpreises, steht den Handlungen ganz gleich, wo re contrahitur; das Consensual-Geschäft, wo Tradition und Gegenleistung erst versprochen werden, kann man als ein vorhergehendes pactum de contrahendo be-

---

[2]) Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si ante pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

trachten: und so concurriren hier eigentlich 2 Contracte. Auch könnte man sagen, der Umstand, daß bei den genannten Real-Contracten kein jus poenitendi freisteht, liegt lediglich darin, daß diese alle, mutuum, commodatum, depositum und pignus, nur ein Geben von der einen Seite bedingen; und so braucht man den Kauf mit diesen nicht in Parallele zu stellen.

Soviel Wahrheit aber auch diese Entwickelung haben mag, so entscheidet sie doch für unsern Fall nicht. Denn

1) darf man die Analogie der Innominat-Contracte auf den Kauf nicht anwenden, weil das Gesetz nun einmal das pactum de contrahendo hauptsächlich hervor- und solches, mit Hintanstellung der realcontractlichen Wirkung des Geschäftes, zum Consensual-Contract erhoben hat. Aber man könnte sich

2) auf eine Aehnlichkeit mit den Innominat-Contracten auch deßhalb nicht berufen, weil jetzt allgemein nach gemeinem Rechte das Pönitenzrecht weggefallen ist, indem unter dem Einfluß deutschrechtlicher Grundsätze alle Arten der Contracte hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit identificirt sind.

Thibaut, Pandekten. §. 168.

3) Auch die gesetzliche Bestimmung, daß der Käufer vor Bezahlung des pretii nicht Eigenthümer der gekauften Sache werde, berechtigt nicht zu dem Schluß, daß der venditor nun sofort vindiciren dürfe. Er ist und bleibt Contrahent, er muß auf Erfüllung klagen, ohne den Contract einseitig auf-

Digitized by Google

rufen zu dürfen. Man wende nicht ein, daß unter dieser Annahme die gesetzliche Bestimmung ohne Sinn sey. Erst, wenn der Verkäufer den Preis eingeklagt und sich ergeben hat, daß der Käufer insolvent, daß ihm also die Erfüllung unmöglich sey, kann er die Sache vindiciren. Jedes Kaufgeschäft enthält also ein stillschweigendes pactum reservati dominii, und es ist, wie man bis jetzt nicht eingesehen hat, eine müßige Cautel, solches ausdrücklich einem Kaufvertrage beizufügen. Gesetze haben und brauchen wir über dies pactum adjectum nicht; erst die Praxis führte es ein.

Vergl. Thibaut, a. a. O. §. 955. not. d. e.

Dieser Vorbehalt des Eigenthums hat also einen sehr wichtigen Sinn, ohne daß man das Recht zum Rücktritt von dem Vertrage damit zu verknüpfen braucht; es folgt unter Andern daraus, daß eine verkaufte und nicht bezahlte Sache auch von einem Dritten vindicirt werden kann.

Um nun auf den Grundsatz des Allg. Landrechts zurückzukommen, so fragt es sich, ob dasselbe von demjenigen, was das frühere Recht aufstellte, durchgreifend abweichen wollte oder nicht. Es dürfte schon die Vermuthung dafür sprechen, daß man die Abweichung, welche der §. 230 cit. wirklich enthält, soviel als möglich zu beschränken habe.

Prüft man das Gesetz genauer, so ergiebt sich nun auch in der That, daß es nicht total, sondern nur theilweise derogatorisch ist.

Die Stellung des §. 230 cit. giebt den Schlüssel

Digitized by Google

zu seinem Verständniß. Der vorhergehende §. 229. verordnet nämlich:

„Bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thlrn. ist der Verkäufer vom Vertrage wiederum abzugehen berechtigt, sobald die zur Abholung der Waaren bestimmte Zeit verflossen ist.“

Sodann leitet der §. 230. seine angeführte Vorschrift mit dem Worte: „ebenso“ ein.

Man kann hiernach nur annehmen, daß der §. 230. ebenfalls blos von dem Kaufe beweglicher Sachen unter 50 Thalern spricht und nur bei diesem dem Verkäufer die Befugniß giebt, den Kauf im Fall der nicht sofort erfolgenden Zahlung aufzuheben. Hätte der §. 230. eine allgemeine, von dem §. 229. unabhängige, Regel aufstellen wollen, so mußte er dem §. 229. vorgestellt und nicht ihm nachgesetzt werden; nur so hätte man andeuten können, daß unter diesen Paragraphen keine Beziehung auf und unter einander obwalte. Grade aber daraus, daß wirklich bei der Redaction des Allg. L. R. in seiner jetzigen Gestalt eine Umstellung der §§. 229. und 230. erfolgt ist, scheint ein wichtiges Argument für unsre Ansicht hervorzugehen. Denn die Regel des §. 230. nahm im gedruckten Entwurfe der §. 240. ein, die Regel des §. 229. folgte dagegen erst im §. 241. jenes Entwurfs nach.

Zeitschrift für wiss. Bearbeitung, Bd. 1. S. 24.

Es muß also die veränderte Stellung der Paragraphen mit Absicht vorgenommen seyn, und diese Absicht wird klar, wenn man erwägt, daß die Redactoren zur Zeit des Entwurfs auch in der Contractslehre den Rücktritt

Digitized by Google

bei mangelnder Erfüllung der Gegenseite unbedingt freistellen wollten.

Bornemann, systemat. Darstell. d. Preuß. Civilrechts, Bd. 2. S. 637 ff.

daß aber, so wie dieß Prinzip in der Lehre von den Verträgen eine Restriction erlitt, auch in der Lehre vom Kaufvertrage eine Beschränkung eintreten und die frühere Regel zur Ausnahme werden mußte.

Wirklich quadriren beide §§. 229. und 230. zu genau, indem sie z. B. beide eine mora des Käufers, entweder eine mora accipiendi, oder eine mora solvendi, voraussetzen, als daß man sie nicht unter Einen Gesichtspunkte als Unterfälle einer generellen, jedoch singulären Regel subsumiren sollte. Außer der geschichtlichen Entwickelung und der Stellung der beiden Paragraphen läßt sich auch als ratio legis für beide anführen, daß nur bei geringfügigen beweglichen Sachen die Beförderung des Verkehrs und die rasche Abmachung der Kaufgeschäfte einen Grund zur Pönitenz abgeben kann, und zwar um so mehr, als der Gesetzgeber gewiß hauptsächlich an das Entnehmen beweglicher Waaren aus Waarenlagern, Läden und auf Jahrmärkten gedacht haben wird.[3]) Bei wichtigeren insonders bei unbeweglichen Sachen läßt sich weit eher eine vorhergehende Prüfung der Persönlichkeit des Käufers und der sonstigen Um-

[3]) In den Materialien spricht sich auch Suarez ad 229. Th. I. Tit. 11. dahin aus: „Der Satz ist neu, gründet sich aber auf ein im Handel und Wandel durchgehends recipirtes Herkommen.“ (v. Kamptz, Jahrb. Bd. 41. S. 18.)

Digitized by Google

stände bei dem Verkaufe voraussetzen; hier muß er, da er einmal getraut hat, auch in der Folge trauen.

Meiner Ansicht steht auch nicht die Fassung des §. 226 l. c. entgegen:

„Sobald der Verkäufer das Kaufgeld geborgt hat (was nach §. 124. rechtlich präsumirt wird, wenn er sich binnen 8 Tagen nicht rührt), kann er von der nach §. 230. ihm sonst zustehenden Befugniß, den Contract aufzuheben und die Sache selbst zurückzufordern, nicht mehr Gebrauch machen."

Das Wort „sonst" braucht man nicht von einer allgemeinen, nur durch Creditgeben ausgeschlossenen, Befugniß zum Rücktritt zu verstehen. Wann dem Verkäufer sonst die Befugniß zusteht, muß man erst aus dem §. 230. lernen. Zu berücksichtigen ist dabei auch der schon oben angedeutete Umstand, daß der §. 220 aus dem Entwurfe beibehalten ward, ohne den umgearbeiteten Paragraphen über den Rücktritt vom Kaufadäquat gleich gemacht zu werden, weßhalb man wohl den §. 230. als Maaßstab an den §. 226. legen darf, aber nicht umgekehrt.

Ebenso ist im §. 576. Th. 1. Tit. 11. des Allg. L. R, wo von dem Rücktritt wegen unterbliebener Zahlung des Aequivalents bei der Verlosung die Rede ist, kein Beweis zu suchen, daß der §. 230. cit. den Rücktritt generalisire. Der remittirende Ausdruck „insofern" deutet selbst auf Modificationen hin.

Für meine Ansicht spricht auch das Register zum A. L. R., wo es ad vocem: Kauf — heißt:

IX. Aufhebung des Kaufs; 1) wegen nicht geleisteter Erfüllung, Th. 1. Tit. 11. §. 229 sq.,

hat außer den Fällen, wo Jemand von einem Vertrage zurücktreten kann, nur dann statt, wenn bei Kaufen von beweglichen Sachen unter 50 Thalern der Käufer die zur Abholung der Waare bestimmte Zeit verstreichen läßt, oder die bei der Uebergabe baar zu leistende Zahlung dem Versprechen gemäß nicht erfolgt. ibid. §. 229 — 231.

Für bewegliche Sachen über 50 Thlr. und für Immobilien bleibt es also bei den allgemeinen Regeln über die Erfüllung.

A. L. R. I. 11. §. 231 sq.

Wo nun der Verkäufer in der Regel nicht zurücktreten kann, nach dem bisher Gesagten also nicht

1) bei unbeweglichen Sachen und bei Mobilien von einem Werth über 50 Thlr;
2) wenn das Kaufgeld bei Bagatellkäufen ausdrücklich oder stillschweigend creditirt ist,

da hat er nach Preuß. Recht auch nicht einmal mehr ein reservatum dominium; denn bei uns erfordert der Vorbehalt des Eigenthums ein wirkliches pactum adjectum.

A. L. R. I. c. §. 266 ff.

Digitized by Google

V.

Von dem Rechte der von dem gütergemeinschaftlichen Vermögen abgefundenen Kinder auf den Nachlaß der Eltern, besonders auf den Nachlaß des verstorbenen parens.

Von

Herrn Ober-Landesgerichts-Referendar **K. G. Korte**
in Hamm.

(A. L. R. II. 1. 639—646. II. 2. §. 363—377.)

Wenn Eheleute in Gütergemeinschaft leben, so steht denselben frei, ihre Kinder schon bei Lebzeiten wegen des Erbrechts an dem künftigen Nachlaß abzufinden.

A. L. R. II. 2. §. 368.

Diese Abfindung muß aber durch einen förmlichen Erbvertrag festgesetzt werden, und Erforderniß dabei ist, daß die Kinder, wenn ihr Pflichttheil verkürzt werden soll, volle Fähigkeit, selbstständig zu contrahiren, besitzen, mithin volljährig und aus der väterlichen Gewalt entlassen sind.

A. L. R. II. 2. §. 369. 484.

Der Erbvertrag nun, wodurch die Abfindung festgesetzt wird, gilt als ein pactum hereditarium renunciativum, und zwar zu Gunsten des überlebenden

Ehegatten; er erstreckt sich also der Regel nach nur auf den Nachlaß des zuerst versterbenden parens.

A. L. R. II. 2. §. 370. 372.

Nun aber waltet zwischen den Gesetzen, den Worten nach, ein Widerspruch ob, in Betreff der Frage, ob das abgefundene Kind den erstverstorbenen parens noch beerben könne, oder nicht.

Der §. 373. 374. Th. II. Tit. 2. beantwortet diese Frage dahin:

„Stirbt also eins von den abfindenden Eltern, so kann das abgefundene Kind an den Nachlaß desselben gar keinen Anspruch machen. Vielmehr verbleibt dasjenige, was ihm etwa noch von diesem Nachlasse, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, zukommen würde, dem Ueberlebenden der Eltern."

Dagegen verordnet der §. 644. Th. II. Tit. 1.:

„Abgefundene Kinder haben bei dieser Erbfolge-Ordnung, in Beziehung auf den überlebenden Ehegatten, nur mit Seitenverwandten des ersten Grades gleiche Rechte."

(Nach §. 642. 625. ibid. braucht der parens superstes an diese nur $^2/_3$ der gütergemeinschaftlichen Hälfte des Verstorbenen herauszugeben.)

So scheinbar dieser Widerspruch nun auch ist, so wird er doch m. E. durch folgende Erklärung gelöst:

In der Regel ist anzunehmen, daß die Abfindung nur zu Gunsten des überlebenden Ehegatten geschehen sey.

A. L. R. II. 2. §. 372.

Nur da also, wo es sich um eine benachtheiligende Concurrenz mit diesem handelt, ist das abgefundene

Kind von dem Nachlasse des verlebten parens ausgeschlossen. Sind mithin keine erbfähige Blutsverwandte des letztern weiter vorhanden, so ist und bleibt das Kind abgefunden, und der überlebende Ehegatte behält den Nachlaß, vorausgesetzt, daß auf diesen auch keine unabgefundene Kinder Anspruch zu machen haben.

A. L. R. II. 1. §. 639.

Wie nun aber, wenn außer dem abgefundenen Kinde noch andere Blutsverwandte des verstorbenen Ehegatten vorhanden sind, mit denen der Ueberlebende die nachgelassene Vermögenshälfte nach Verhältnissen des Totalsystems zu theilen hat?

A. L. R. II. 1. §. 642.

Hier sind 2 Fälle denkbar; nämlich

1) es sind noch Ascendenten, Geschwister oder Geschwisterkinder vorhanden. Alsdann ist auf diese durch den Ausfall des abgefundenen Kindes das Erbrecht devolvirt.

A. L. R. II. 1. §. 642 cit.

An diese muß nun der superstes $^2/_3$ der Erbschaft herausgeben. Mit ihnen aber soll das abgefundene Kind concurriren, indem es nach §. 644 cit. Geschwisterrechte hat, und sich mit in die $^2/_3$ theilen. Da der superstes nun doch einmal einen Theil des Nachlasses herausgeben muß, so kann es ihm gleichgültig seyn und ihm nicht präjudiciren, ob das Kind mit den Blutsfreunden theilt. Letztere aber müssen sich diese Concurrenz ebenfalls gefallen lassen, da das Kind nur zum Vortheil des superstes sich seiner Kindes-Erbrechte begeben hat.

Digitized by Google

Sie haben Vortheil genug davon, daß der ordo unde liberi vacant geworden ist, und müssen das Kind in ihren ordo mit aufnehmen. Wollten sie ein solches Kind gänzlich ausschließen, so müßte die Abfindung ausdrücklich zu ihren Gunsten geschehen seyn.

A. L. R. II. 2. §. 377. 487.

Freilich behält nun auch der superstes an der Quote des Kindes lebenslänglichen Nießbrauch.

A. L. R. II. 1. §. 645.

2) Sind dagegen nur entfernte Seitenverwandte bis zum 6ten Grade vorhanden, an die der überlebende Ehegatte die Hälfte des von dem vorverstorbenen hinterlassenen Vermögens auszukehren hätte,

A. L. R. II. 1. §. 642. 626.

so fragt sich, ob nun auch diese, durch des Kindes Ausfall im ordo liberorum und durch dessen Heruntersinken bis in die Erbklasse der Ascendenten und Geschwister, zur Erbschaft gelangen, ob das Kind mit ihnen theilt, nnd ob event. $^2/_3$, wegen der Concurrenz des Kindes, oder nur $^1/_2$ zur Theilung kommen muß, oder ob das Kind, als der Klasse und dem Grade nach näher, jene ausschließt und allein erbt. Man scheint aber annehmen zu müssen, daß weder das Kind, noch die Collateralen zur Succession gelangen, und zwar letztere deßhalb nicht, weil sie von dem Kinde dem Grade nach ausgeschlossen werden, und dieses nicht, weil, wenn es allein zur Erbschaft gelangte, die zu Gunsten

Digitized by

des superstes stattgefundene Abfindung vereitelt würde.

Nur insofern also, als ein abgefundenes Kind mit andern, ihm gesetzlich gleichgestellten und durch seinen Ausfall, in dem Erblasse der Descendenden berufenen Erben in Concurrenz tritt, kann es noch auf den Nachlaß des vorverstorbenen parens Anspruch machen.

Stirbt der überlebende Ehegatte nun aber ebenfalls, so beerbt ihn das abgefundene Kind ebenso, als wenn gar keine Abfindung geschehen wäre.

A. L. R. II. 2. §. 375.

Dieß folgt natürlich aus dem beiderseitigen Verwandtschaftsverhältnisse, und der Titel, woher der superstes sein Vermögen erhalten hat, ist dabei gleichgültig. Ist der superstes zur ferneren Ehe geschritten, so hindert auch dieß nichts, sondern Vor- und Nachkinder theilen sich in seinen Nachlaß, wenn auch in der zweiten Ehe wieder Gütergemeinschaft bestanden hätte, zu gleichen Theilen. Dieser Grundsatz ist, wiewohl er lange bestritten war, auch in der Cleve-Märkischen Gütergemeinschaft gesetzlich sanktionirt.

Edikt vom 1. Septbr. 1720 (Scotti Th. II. S. 956. Nr. 864.) von Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft in Cleve und Mark, S. 19.

VI.

Ueber die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder.

Von

Sommer.

Man hatte bei den vielen Güterkäufen das persönliche Band der Hypothekenforderung fast vergessen, es hatte sich beinahe eine Gewohnheit gebildet, den Käufer, welcher die Hypothekenschuld, ohne daß der Gläubiger zum Vertrage zugezogen, ad rationes pretii übernommen hatte, während der Zeit seines Besitzes für dem Gläubiger persönlich verhaftet zu halten. Selbst das Geheime Ober-Tribunal erließ im Jahre 1816 eine Entscheidung, aus der die Herausgeber der Preußischen Rechtssprüche [1]) den Satz abstrahirten: „Wer bei einem Gutskauf eine Personal-Schuld seines Verkäufers in partem pretii übernimmt, der tritt dadurch in dessen Personal-Verbindlichkeit gegen den Gläubiger.“ Schon die Annahme der Zinsen Seitens des Gläubigers wird in den Gründen

[1]) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche des Preußischen Gerichtshöfe, Bd. 1. S. 114.

Digitized by Google

dieſes Erkenntniſſes als ein Beitreten zum Vertrage betrachtet, wie es der §. 75. A. L. R. I. 5. erfordert, und es wird auch für genügend gehalten, daß der verkaufende Schuldner den Vertrag nicht wieder aufgehoben, wozu der übernehmende Käufer einſeitig nicht befugt ſey. Die Unrichtigkeit dieſer Anſichten wird leicht erkannt, bei Gegenſtänden über 50 Thaler können Thatſachen ausdrückliche Erklärungen nicht vertreten [2]), und keinenfalls würde in der Thatſache der Zinſen-Zahlung, wenn ſie überhaupt ſtatt ſchriftlichen Vertrags gelten könnte, ein Hinzutreten des Dritten mit Einwilligung beider Contrahenten liegen können, wie es doch der §. 75. I. 5. erfordert. Kaum dürfte die Thatſache auch für die Uebernahme des Kapitals ſelbſt concludent ſeyn, weil der Beſitzer der Hypothek, wenn er ſich deren Subhaſtation nicht ſofort unterwerfen will, Veranlaſſung zur Zahlung der Zinſen hat. Und der Vertrag allein kann ſelbſtredend, wenn ihn auch nach §. 76. nur beide Contrahenten durch ihr Einverſtändniß ändern können, dem Dritten noch kein Recht geben. Im Jahre 1833 iſt das Geheime Ober-Tribunal auch zu einer ſtrengern Meinung übergegangen, hat eine Entſcheidung erlaſſen, deren Inhalt die Herausgeber überſchreiben: „Der Käufer eines Grundſtückes, welcher eine darauf eingetragene Forderung auf Rechnung der Kaufgelder übernimmt, wird dem Gläubiger dadurch allein noch nicht perſönlich verpflichtet.“ [3]) Das Geheime Ober-Tribunal nimmt hier an, daß ein wirkliches, und zwar nach §. 153. I. 5. ſchriftlich, wenn

---

[2]) A. L. R. Th. I. Tit. 4. §. 60. Tit. 5. §. 131. 133.

[3]) Rechtsſprüche, Bd. 3. S. 166.

der Vertrag gesetzlich der Nothwendigkeit schriftlicher Form unterliegt, Hinzutreten des Dritten mit Bewilligung der Hauptparteien erfordert werde. Die Herausgeber weisen in der Note [4]) auch aus den Materialien die Richtigkeit dieser Ansicht nach, daß nämlich Suarez zwar Anfangs, veranlaßt durch die monita von Scherer und von Tevenar, weiter, als das Gesetz jetzt geht, gehen wollen, indem er die bloße Erklärung des Dritten, sich den bedungenen Vortheil anmaaßen zu wollen, für genügend gehalten, daß aber seine Ansicht keine Billigung gefunden, man einen Beitritt mit Bewilligung der Haupt-Contrahenten, also einen neuen Vertrag zwischen den letzteren, und demjenigen, für welchen ein Vortheil ausbedungen worden, erfordert. Ganz scharf scheinen aber selbst nach dieser Entscheidung die Ansichten des höchsten Gerichtshofes noch nicht zu seyn, indem darauf Gewicht gelegt wird, daß im vorliegenden Falle nicht einmal Thatsachen gegeben, aus welchen es gefolgert werden könnte, daß der Käufer z. B. durch Zinszahlung u. s. w. zu erkennen gegeben, er sey mit dem Gläubiger in ein Contracts-Verhältniß getreten. Hierdurch scheint die oben ausgehobene Ansicht der ersten Entscheidung wiederholt zu seyn.

Vollständig und bündig ist diese Lehre bearbeitet von Herrn Geheimen Ober-Revisions-Rath Oswald in einer Abhandlung: Ueber die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder. [5]) Der

---

[4]) Rechtssprüche Bd. 3. S. 166—168.

[5]) In Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts, Bd. 2. S. 262 ff.

Digitized by Google

Verf. begründet hier die zwei Sätze: daß, wenn im Kauf-Contracte, ohne Beitritt des Gläubigers, der Käufer eine Hypothekenschuld auf Rechnung des Kaufgeldes übernommen hat, I. der Käufer dem Verkäufer für die Berichtigung dieser Schuld an Kapital und Zinsen und Befreiung des letzteren von dessen persönlichen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger, auch nach Beendigung seiner Besitzzeit verhaftet bleibt, II. der Käufer dagegen in kein persönliches Rechtsverhältniß wegen jener Schuld zum Gläubiger tritt, und demselben, namentlich nach beendigtem Besitze, weder für Kapital noch Zinsen verhaftet ist. Der Verf. widerlegt die schwachen Argumente der Gegner gründlich. Nur der §. 370. A. L. R. I. 16. [6]) dürfte Schwierigkeiten darbieten; Oswald nimmt mit Merkel [7]) gegen Grävell [8]) und Bielitz [9]) an, dem Gläbiger sey im Falle des §. 370. das Versprechen geschehen, allein dann wäre ja nur eine nutzlose Wiederholung des §. 412. A. L. R. I. 11. vorhanden, und aus den Materialien ergibt sich nach der Note der

---

[6]) „Ein Käufer welcher das Kaufgeld zur Bezahlung gewisser Schulden des Verkäufers anzuwenden versprochen hat, kann zum Nachtheile dieser Gläubiger, mit anderen Forderungen an den Verkäufer nicht compensiren.

[7]) Commentar zum A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 370. Bd. 1. S. 530. Bornemann, von Rechtsgeschäften S. 104. der I. und S. 109. der II. Ausgabe, hatte auch diese Ansicht, hat sie aber in der systemat. Darstell. d. Preuß. Civilrechts, Bd. 2. S. 423. zurückgenommen.

[8]) Commentar zu den Creditgesetzen, Bd. IV. Abtheil. 2. Cap. 5. §. 157. Note S. 460.

[9]) Commentar zum A. L. R. Bd. 3. S. 664.

Digitized by Google

Herausgeber S. 277. 278. mit hoher Wahrscheinlichkeit, daß, ob der Gläubiger dem Vertrage beigetreten oder nicht, absichtlich nicht unterschieden worden. Man könnte im §. 370. eine Anwendung der §§. 343. 344. 372. finden, da eine Ungleichartigkeit der Ansprüche, sowie eine Entsagung der Compensatiou, wie auch Grävell andeutet, sich hier nicht verkennen läßt. Allein es heißt im §. 370.: "zum Nachtheile dieser Gläubiger," und es haben also denselben Rechte auf Bestreitung der Compensation gegeben werden sollen. Ein allgemeiner Grundsatz kann inzwischen aus dieser fugitiven Stelle nicht abstrahirt werden, sondern man kann daraus, da der allgemeine Grundsatz des §. 75. l. 5. nicht ausdrücklich aufgehoben, nur schließen, daß, wenn überhaupt die Gläubiger in ein persönliches Rechtsverhältniß zum Käufer treten, er den Kaufschilling nicht als durch Compensation getilgt behaupten kann, die desfallsige Verbindlichkeit vielmehr als bestehen geblieben, von der Compensation nicht berührt, zu betrachten. Wie die Gläubiger aber in jenes Rechtsverhältniß treten, das gehörte nicht in den Compensationen-Titel.

Bekennt man sich nun einmal zu den strengen Ansichten, wie sie uns die Gesetze an die Hand geben, findet man im Vertrage selbst nicht schon einen Antrag zum Beitritt, welcher sonst nach §. 77. l. 5. die Folge haben würde, daß die Contrahenten die Erklärung des Dritten über die Annahme abwarten müßten, muß man dies vielmehr verneinen, weil dann der §. 76. nicht paßte, muß man auch annehmen, daß der Verkäufer allein den Gläubiger zum Beitritt nicht einladen könne, weil nach

Digitized by Google

§. 75. der Beitritt nur mit Bewilligung beider Contrahenten geschehen, also nur ein von beiden offerirtes Versprechen acceptirt werden kann; so läßt sich doch nicht bestreiten, daß der Verkäufer ein Klagrecht gegen den Käufer darauf habe, daß er ihn ex nexu stelle, die Exneruations-Klage, wie man es etwas barbarisch nennt. Er hat daher auch das geringere Recht, zu verlangen, daß der Käufer mit ihm dem Gläubiger den Antrag zum Beitritt mache. Ganz natürlich scheint es also auch, daß der Verkäufer ohne weiteres dem Gläubiger sein Recht, auf Entlassung zu klagen, cedire, und diesen sonach in den Stand setze, gegen den Käufer auf Zahlung seiner Schuld zu klagen. Oswald erklärt sich aber hiegegen.[10]) Er bemerkt, wenn der Verkäufer seinen Gläubiger befriedigt habe, so sey seine Forderung an den Käufer eine Schadenklage wegen Nichterfüllung des Contracts, auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet, somit ein Activum im Sinne der §§. 101 — 105. Tit. 24. Th. I. A. Ger. Ordn., und des §. 1. des Gesetzes vom 4. Juli 1822; habe dagegen der Verkäufer den Gläubiger nicht befriedigt, so gehe sein Anspruch an seinen Käufer nur dahin, daß dieser den Contract, und zwar dadurch erfülle, daß er seine Befreiung von dem Schuldverhältniß bewirke, dies sey aber, wenn es gleich nur durch Befriedigung des Gläubigers werde geschehen können, noch kein Activum in dem eben bezeichneten Sinne. Ließe sich der Gläubiger, fährt Oswald fort, dieses Klagrecht von seinem Schuldner, dem Verkäufer, an

[10]) Zeitschrift II. S. 282. 283.

Digitized by Google

Zahlungsstatt abtreten, so wäre ja dadurch der Cedent schon aus der Verbindlichkeit gesetzt, und der Anspruch an den Käufer eben dadurch erloschen. Die Herausgeber schließen sich dieser Argumentation an, indem sie das Recht, welches der Verkäufer aus dem Contracte gegen seinen Käufer auf Exneruation hat, für ein jus personalissimum, und eben deßhalb auch dessen Cession für unstatthaft halten, wie auch der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts [11]) einst bemerkt. Die Herausgeber erklären das Recht auf Befreiung von einem Schuldnexus für unzertrennlich von der Schuld selbst, daher, da es nur mit der Schuld übertragen werden könne, von der Schuld getrennt betrachtet, für unübertragbar; würde die Schuld auf den Gläubiger gleichfalls übertragen, so wäre eben die Cession des Rechtes auf Befreiung überflüssig, weil der ganze Schuldnexus (A. L. R. I. 16. §. 476) ohne weiteres durch Confusion aufhören müßte; im vorliegenden Falle aber handele es sich grade um die Uebertragung des Rechtes auf Befreiung, abgesondert von der Uebertragung der Schuld. Oswald geht endlich, consequent, so weit, eine Assignation hier, sey diese nun eine freiwillige, oder eine im Wege der Execution erzwungene, für gleich fruchtlos zu halten, weil es an einem Objecte fehle, welches angewiesen werden könnte; denn die einmal

---

[11]) Rechtssprüche, Band I. S. 15. N. 3.: „erscheint diese Berechtigung des Lucas, die Exneruation zu fordern, als ein so rein persönliches Recht, daß es nicht füglich cedirt werden kann."

Digitized by Google

abgerechneten Kaufgelder seyen kein solches, weil der Verkäufer keinen Anspruch auf dieselben an den Käufer habe; und eben so wenig sey die Klage auf Erfüllung ein Gegenstand der Assignation im Sinne von §. 101 bis 105. I. 24. A. G. O., und §. 1. des Gesetzes vom 4. Juli 1822, so wie des §. 251. A. L. R. I. 16, indem der letztere ebenfalls eine bei dem Assignaten zu erhebende Forderung, also die einer bestimmten Schuldsumme, voraussetze.

Sage man also nicht mehr, daß es dem Preußischen Rechte an Subtilitäten fehle. Es scheint sich hier vielmehr um eitel Subtilitäten zu handeln. Immer wird nach den oben erwähnten Ansichten, wenn der Gläubiger zu seinem Gelde gelangen will, eine doppelte Klage nothwendig seyn, erst des Gläubigers gegen den Verkäufer und und dann dieses gegen den Käufer auf Ersatz des in einer bestimmten Summe, dem an den Gläubiger gezahlten Betrage nämlich, bestehenden Schadens wegen nicht erfüllten Kaufvertrags. Auch würde eine Execution des ersten Urtheils durch Einweisung in den Exneuations-Anspruch nicht denkbar seyn. Das sind ganz erstaunliche Subtilitäten. Einem Laien wird es hier wenigstens gehen, wie dem Onkel Toby in Tristram Shandy's Leben und Meinungen, der es gar nicht verwinden konnte, daß nach der Entscheidung der englischen Juristen die Mutter dem Kinde nicht verwandt sey! Die Römer hatten hier die feine Form des procurator in rem suam durch die Litiscontestation.[12]) Haben wir nun solche actiones

[12]) S. L. 11. §. 1. ff. de novation (46, 2.) in Verbindung mit Gaji Institut II., 38. und Fragment. Vatican.

utiles, so gefügige Formen nicht, obgleich die §§ 159. 186. A. L. R. I, 13. eine entfernte Hindeutung au die Möglichkeit eigener Rechte des Bevollmächtigten enthalten, so sollten wir auch nicht so subtil seyn. Es ist nicht grade nothwendig, daß der Exnexnations-Anspruch in demselben Augenblicke stirbt, wo er dem Gläubiger cedirt wird. Zerlegen wir vielmehr dieses Geschäft in seine Bestandtheile, so liegen, wenn der Gläubiger die Cession des Rechts des Verkäufers an Zahlungsstatt annimmt, zwei Geschäfte vor, 1) der Verkäufer tilgt seine Schuld selbst, auf welche Weise, geht den Käufer nichts an, 2) der Verkäufer hat nun eine bestimmte Summe als Schadens-Ersatz wegen nicht erfüllten Kaufvertrags am Käufer zu fordern, und cedirt diese dem Gläubiger. Daß beide Geschäfte zugleich vorgenommen werden, ändert in der Sache nichts, und natürlich klagt der Gläubiger nicht auf Exnexuation, sondern auf Zahlung der Schuld. Hat ein solches Doppelgeschäft keinen juristischen Namen, so ist das weiter kein Unglück, immerhin kann der Preußische Jurist, der sich so viel damit meint, daß er keine nomina et formulas actionum mehr hat, der Anerkennung und Vollziehung eines solchen Vertrags nicht widersprechen. Will der Gläubiger übrigens dabei den Verkäufer noch nicht definitiv ex nexu lassen, so kann man das allenfalls als eine dem Schuldner als Cedenten obliegende Gewähr für die Sicherheit des cedirten activi betrachten, und überhaupt geht dieser Nebenvertrag den

---

§. 263. 260. L. 1. Cod. de obl. et act. (4, 10.) L. 25. in fin. ff. de procurator. (3. 3.)

Digitized by Google

Käufer nichts an. Nimmt man aber auch an, daß in diesem Falle die ursprüngliche Forderung des Gläubigers bis zu deren durch das fragliche Geschäft gehofften Tilgung noch bestehen bleibe, so würde doch eben darum dieselbe durch Cession des Erneruations-Anspruchs nicht erlöschen, und also auch noch immer ein Objekt der Erneruation vorhanden seyn. Es dürfte sich überhaupt noch sehr fragen, ob das Recht, auf Erneruation zu klagen, wirklich ein jus personalissimum sey. Nicht blos Forderungen, sondern überhaupt das Eigenthum aller Rechte kann abgetreten werden,[13]) und zwar können alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, abgetreten werden.[14]) Das vorliegende Recht ist aber ein Vermögensrecht; kann auch die Schuld selbst nicht cedirt werden, so kann doch das Recht auf Bewirkung der Befreiung von einer solchen einem Dritten übertragen werden. Es lassen sich manche Fälle denken, wo ein Dritter ein rechtliches Interesse dabei hat, daß das Recht des Cedenten ausgeübt werde, obgleich der directe Vortheil zunächst nur dem Cedenten zufließt, und es läßt sich nicht einsehen, warum der Dritte hier sich nicht das Recht des Cedenten solle übertragen lassen können, z. B. ein Personal-Gläubiger das Recht seines Schuldners, auf Löschung einer ingrossirten Post zu klagen. Klagen sind ja auch Rechte. Selbst der Ausdruck des §. 251. A. L. R. I., 16.: „etwas, welches der Auftragende von einem Dritten zu fordern hat, bei dem-

---

13) A. L. R. I. 11. §. 376.

14) Das. §. 382.

selben für seine eigene Rechnung zu erheben," dürfte noch nicht nothwendig eine Beschränkung auf in bestimmten Summen bestehende Forderungen aussprechen. Und sollte das Geschäft keine Anweisung im Sinne des Abschnittes 5. Tit. 16. Th. I. A. L. R. seyn, so kann es darum doch im Allgemeinen ein gültiger namenloser Vertrag seyn. Es entstehen noch täglich im menschlichen Leben neue Verträge, für welche die Wissenschaft noch keine besondere Namen hat; die Wissenschaft folgt dem Leben, nicht umgekehrt.

So wären also die Subtilitäten, deren oben erwähnt ward, beseitigt. Das Geheime Ober-Tribunal hat auf die oben Not. 11. berührte Ansicht des Ober-Appellations-Senats des Kammer-Gerichts durch folgende Bemerkung [15]) geantwortet: „Es würde daher zu einer ganz unnöthigen Vervielfältigung der Prozesse führen, wenn man verlangen wollte, daß Lucas (der Verkäufer) erst gegen den Verklagten (den Käufer) auf die ihm versprochene Befreiung von seiner persönlichen Zahlungs-Verbindlichkeit klagen sollte, zumal da Lucas sein desfallsiges Klagerecht bereits an den Kläger abgetreten hat, und diese Cession mindestens als ein Vollmachtsauftrag gelten muß, auf welchen auch der Kläger noch in erster Instanz den Eventualantrag gegründet hat: den Verklagten zu verurtheilen, daß er den Lucas binnen 14 Tagen aus der gedachten persönlichen Zahlungs-Verbindlichkeit schaffe, ein Antrag, der, wie schon gedacht, durchaus zu nichts weiter, als zu der Verurtheilung des Verklagten

---

[15]) Rechtssprüche I, S. 18.

Digitized by Google

zur Zahlungsleistung an den Kläger führen könnte, da des Klägers Capital längst fällig und durch dessen Klage als bereits gekündigt zu betrachten ist, Kläger aber seine Willensmeinung, daß er das Capital nebst Zinsen bezahlt verlange, bestimmt ausgesprochen hat.“ Die Annahme des Mandats hebt aber nicht alle Schwierigkeiten, da alsdann der Verkäufer das Mandat noch immer würde zurücknehmen können, in executivis auch keine Uebereignung würde statt finden können.

Bornemann konnte gar nicht in den Fall kommen, die Frage über die Cession der Exneruationsklage zu erörtern. Denn er nimmt an,[16]) die Vereinbarung der Contrahenten involvire eine zum voraus acceptirte Anweisung der Gläubiger des Verkäufers an den Käufer, es können die Gläubiger auf den Grund des in der Vereinbarung enthaltenen Vollmachtsauftrages gegen den Käufer klagen, indem ihrer Seits eine nach §. 11. 12. A. L. R. I. 13. genügende stillschweigende Annahme, welche durch Anstellung der Klage erfolge, vorliege, und Seitens des Käufers eine ausdrückliche Annahme der Anweisung bereits abgegeben sey. Dies ist inzwischen irrig, da, wenn hier einmal von einem Auftrage die Rede seyn soll, ein solcher nur vom Verkäufer dem Käufer, nicht aber dem Gläubiger gegeben ist.

---

[16]) Systemat. Darstellnng des Preuß. Civilrechts, Band 2. S. 421. 422.

Digitized by Google

VII.

Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge.

Abhandlung und Rechtsfälle

von

Sommer.

Cap. I.

Geschichtliche Einleitung.

1.

(Königreich Westphalen. Constitution. Dekrete vom 23. Jan. 1808 und 25. Juni 1811.)

Die Geschichte des Heimfallsrechts, welches in neuerer Zeit eine so ungeheure Wichtigkeit erlangt, mehr als die Hälfte alles ländlichen Besitzes in Ungewißheit gestellt hat, ist in jeder der drei Gesetzgebungen, der Königlich Westphälischen, der Bergischen, der Französisch-Hanseatischen, verschieden. Diese Geschichte ist nicht ohne großen Einfluß auf die jetzigen Controversen.

Im Königreich Westphalen wurde durch die Constitution vom 7. Dezember 1807 [1]) Art. 13. die Leibeigenschaft aufgehoben. „Tout servage de quelque nature et

[1]) Bulletin des lois du Royaume de Westphalie, N. 1.

Digitized by Google

sous quelqe dénomination qui'l pnisse être, est supprimé, tous les habitans du Royaume de Westphalie devant jouir des mêmes droits.“ Es folgte nun das Dekret vom 23. Januar 1808, [2]) wodurch Art. 9. dem Gutsherrn das Obereigenthum (dominium directum) sowie die als Preis der Ueberlassung des nutzbaren Eigenthums (dom. utile) zu betrachtenden Abgaben belassen, der Weinkauf (Art. 12.) beibehalten, die Ablösbarkeit aller bestehen bleibenden Grundgerechtsame (Art. 13.) ausgesprochen, und (Art. 11.) die Veräußerung, Vertauschung, Zerstückelung, Beschwerung mit einer Dienstbarkeit oder Hypothek den Bauern untersagt ward. Die Leibeigenschafts-Verbindlichkeiten wurden dagegen (Art. 6.) ganz aufgehoben, und (Art. 7.) die Rechtsfähigkeit der Bauern anerkannt. Hierauf wurden noch mehrere Dekrete über Ablösung von Diensten und Grundabgaben erlassen, insbesondere vom 25. Juli 1811 über die Ablösung der Veränderungs- und Laudemial-Gebühren und des Heimfallsrechts. [3]) Es wurde hier, die Ablöse der Laudemien nach 100jährigem Durchschnitte des Gezahlten, 3 Fälle ein Jahrhundert, und resp. 6, falls auch beim Tode des Gutsherrn ein Laudemium zu entrichten, angeordnet, und Art. 6 bestimmt: „L'indemnité ainsi determinée comprendra celle pour la suppression du droit de retour (Heimfallsrecht).“ Zu deutsch: „Die nach Vorschrift der vorigen Artikel bestimmte Vergütung soll jedesmal

---

[2]) Bei Vogelsang, der Grundbesitz mit Ausschluß des Lehns ꝛc. Minden 1832. S. 189—191.

[3]) Bulletin de 1811, N. 21.

Digitized by Google

auch diejenige in sich begreifen, welche für die Aufhebung des Heimfallsrechtes zu entrichten wäre.“ Es wurde also angenommen, daß die zu erwartenden Laudemien grade die Entschädigung für das Heimfallsrecht seyen, was sich wohl in der Pflicht der Gutsherrn, den heimgefallenen Hof gegen ein mäßiges Laudemium wieder zu besetzen, so wie auf der Annahme gründete, daß sich in dem Durchschnitte der 100 Jahre wenigstens bei vielen Colonaten auch die Laudemien der Verleihungen heimgefallener Colonate finden würden. Uebrigens bestimmte der Art. 7.: „Ueber die Untheilbarkeit und Unveräußerlichkeit derjenigen Colonate, welche nach Ablösung der im gegenwärtigen Dekrete erwähnten Abgabeu, annoch mit Diensten oder anderen Grundabgaben belastet bleiben werden, soll unverzüglich eine Verordnung erlassen werden. Bis dahin aber sollen diese mit gedachten Prästationen beschwerte Grundstücke ohne Einwilligung des zu diesen Prästationen Berechtigten weder veräußert, noch zur Hypothek gestellt werden können.“ Hieraus ergiebt sich nun von selbst, daß das Heimfallsrecht nicht von selbst erlosch, um so weniger, da nirgends in den Westphälischen Gesetzen dem Colon vor Ablösung aller Abgaben, das Eigenthum des Guts eingeräumt worden.

2.

(Großherzogthum Berg. Dekret vom 12. December 1808.

Im Großherzogthum Berg hob das im Kaiserlichen Lager zu Madrid am 12. December 1808 erlassene Dekret, §. 1., die Leibeigenschaft (servage), von welcher Art sie auch seyn möge, und alle darauf gegründete

Rechte und Verbindlichkeiten auf. Der Art. 2. hob das Colonat und die unter diesem Titel bestehende Theilung (partage) zwischen den Gutsherrn (seigneur) und Colonen auf. „Die Colonen sollen das Colonat sammt allen dazu gehörigen Pertinenzen als volles und unbeschränktes Eigenthum (à titre de propriété pleine entière) besitzen.“ Der Art. 4. schaffte ab gegen Entschädigung („Sout abolis avec indemnité“) die aus dem Colonat entspringenden Rechte, 1) der Sterbfall oder das Recht der Erbfolge („le droit mortuaire ou droit de succession“) 2) die Erbgewinn-, Auffahrts- oder Weinkaufsgelder bei Auflassung eines neuen Colonen zum Erbnießbrauche; 3) „le droit de retour ou de suppression de l'usufruit héréditaire, lorsque le colon ne laisse pas d'héritier apte à lui succeder,“ zu deutsch: „der Heimfall oder die Erlöschung des Erbnießbrauches, wenn der Colon keine zur Auflassung auf das Colonat geeigneten Erben hinterläßt.“ Nach Art. 6. sollte die Entschädigung für die Rechte des Sterbfalles, der Auflassung und des Heimfalles binnen 3 Monaten durch gütliche Vereinbarung zwischen den Partheien festgesetzt werden. Geschah dies nicht, so ward nach Art. 7. die Entschädigung in der Art festgestellt, daß für Colonate, so 50 Morgen (arpens) oder weniger enthalten, die bestimmten jährlichen Abgaben um $^1/_{10}$, für Colonate zwischen 50 bis 150 Morgen um $^1/_9$, und für die noch größeren $^1/_8$ erhöht wurden. Der Art. 8. gestattete den Gutsherrn nur dann gegen diese Bestimmung Beschwerde zu führen, wenn sie beweisen, daß die Entschädigung weniger als die Hälfte

Digitized by Google

desjenigen betrage, was das Recht des Sterbfalles und der Auflassung nach der alten Ordnung der Dinge ihnen würde eingebracht haben, wenn der jährliche Betrag dieser Rechte angeschlagen werde nach der Summe ihres Ertrages in den drei letzten Fällen, wo sie eingefordert werden konnten, und unter der Voraussetzung, daß ein solcher Fall alle 30 Jahre eintreten würde. Die Colonen sollten nur dann zu Beschwerden befugt seyn, wenn sie darthun können, daß die nach dem bestimmten Fuße festgesetzte Vermehrung ihrer bestimmten Abgaben mehr betrage, als der Total-Ertrag des Sterbfalles und Auflassungsrechtes nach dem oben zum Grunde gelegten Anschlage und nach der darauf beruhenden Durchschnitt-Rechnung. Bis zur Entscheidung dieser Beschwerden sollte die Leistung der gesetzlich bestimmten Entschädigung fortdauern. Nach Art. 9. dürfen zur Sicherheit der dem Gutsherrn vorbehaltenen Rechte die Colonate nicht ohne ausdrückliche Einwilligung des Gutsherrn in Stücke unter 10 Morgen vertheilt oder versplittert werden; die Abgaben sollten dabei verhältnißmäßig vertheilt werden, sonst aber jedes Stück und jeder Besitzer dem Gutsherrn für die gesammten Einkünfte und Entschädigungen, welche ihm vorbehalten, solidarisch verhaftet bleiben.

Nach diesem Gesetze unterliegt es gar keinem Zweifel, daß das Heimfallsrecht, was hier auch definirt wird, sofort definitiv abgeschafft war, die Colonen gleich Eigenthümer ihrer Güter wurden. Merkwürdig ist es auch, daß hier eben so, wie im Königreich Westphalen, auf das Heimfallsrecht bei der rechtlichen Ausmittelung der

Digitized by Google

Entschädigung kein Gewicht gelegt ward. Seine Vortheile scheint man eben im Sterbfall und den Weinkaufs-Geldern gefunden zu haben.

3.

(Berg. Dekret v. 13. Septbr. 1811.)

Es entstanden über die Auslegung dieses Dekrets große Streitigkeiten, besonders rücksichtlich der Frage, welche Abgaben als reine Ausflüsse der Leibeigenschaft ohne Entschädigung abgeschafft, und ob das Gesetz auch auf andere als eigenbehörige Colonate Anwendung finde. Dies und die Umwandlung des öffentlichen Abgabewesens und das inzwischen erschienene Dekret vom 12. Januar 1809 über die Abschaffung des régime féodal veranlaßten das Dekret vom 13. September 1811 [4]) In dessen Eingang wird als Zweck bemerkt: „um die Rechte und Abgaben zu bestimmen, welche im Großherzogthum Berg nach dessen neuer Organisation als abgeschafft betrachtet werden müssen, um die Beschwernisse (difficultés) zu heben, zu welchem das Dekret vom 12. Dezember 1808 Veranlassung gegeben, und um daselbst die Art des Besitzes der Güter, sowie die Ausübung der anf denselben haftenden Gerechtsame und rechtmäßigen Abgaben mit den Grundsätzen des Gesetzbuchs Napoleon in Uebereinstimmung zu bringen.“ Nirgend aber wird gesagt, in wie weit das Dekret vom 12. December 1808 aufgehoben seyn solle, was große Schwierigkeiten bei der Interpretation beider Drekrete herbeiführt. Der Art. 5.

---

[4]) Gesetz-Bülletin des Großherzogthums Berg, N. 15. S. 238 ff.

Digitized by Google

ſagt: „Die durch unſer Dekret vom 12. Januar 1809 verordnete Abſchaffung des Lehns-Verhältniſſes (régime féodal) wird auch auf das emphyteutiſche Rechts-Verhältniß anwendbar erklärt.“ Der Art. 6. fährt fort: „Als Folge der Abſchaffung des Lehns-Verhältniſſes erkennt das Geſetz keine andern Güter mehr, als Allodialgüter. Alle aus dieſem Rechtsverhältniſſe entſtehende Obergewalt und Macht über die Güter oder über die Perſonen ſind abgeſchafft.“ Art. 7.: „Die Abſchaffung des emphyteutiſchen Verhältniſſes zieht jene der Rechtsunterſtellung, nach welcher dafür gehalten wurde, daß der Verpachter (bailleur) des nutzbaren Eigenthums (du domaine utile) eines Allodialgrundſtückes das Obereigenthum (le domaine direct) deſſelben behalte, nach ſich.“ Art. 8.: „Dem zu Folge wird dafür gehalten, daß das volle Eigenthum einer jeden unbeweglichen Sache, dieſelbe mag vorhin lehnbar oder urſprünglich allodial geweſen ſeyn, in den Händen deſſen, welcher das nutzbare Eigenthum davon hat, beruhet.“ Art. 9.: „Jene nutzbaren Lehens- oder herrſchaftlichen und emphyteutiſchen Rechte, (droits féodaux ou seigneuriaux et emphytéotiques utiles) welche gemäß den hiernach folgenden Beſtimmungen bis zur Ablöſung beſtehen bleiben, werden den bloßen Grundrenten und Grundlaſten gleich geſtellt.“ Art. 10.: „Der Schuldner dieſer Rechte kann die Güter, worauf ſolche haften, ohne Einwilligung des Gläubigers veräußern, verpfänden oder mit Hypotheken beſchweren.“ Die Art. 11. und 12. bezeichnen die Güter, auf welche die Art. 8. 9. 10. anwendbar, z. B. Erbpachte-Güter, Leib- und Zeitgemeingüter. Die

Digitized by Google

eigenbehörigen Güter kommen darunter aber nicht vor, dieserhalb ist also offenbar das Dekret vom 12. December 1808 als bestehen geblieben betrachtet worden. Es folgt nun das zweite Kapitel über die ohne Entschädigung abgeschafften Rechte, darnach das dritte Kapitel von den ablösbaren Rechten (droits rachetables). Als Grundsatz wird hier Art. 30. an die Spitze gestellt: „Es sind nur ablösbar und sollen bis zur geschehenen Ablösung nach wie vor bezahlt werden, alle nutzbare Lehens- oder emphyteutische Rechte und Verpflichtungen, welche in den vorstehenden Artikeln nicht ausgenommen worden sind, und den Preis und die Bedingung einer ursprünglichen Verleihung von Grund und Boden darstellen.“ Nach Aufzählung mehrerer solcher Abgaben bestimmt nun der Art. 49.. „Bis zur Ablösung der durch die vorstehenden Artikel beibehaltenen Renten behält der Verpachter (bailleur) das Heimfallsrecht in den durch die alten Gesetze oder durch die mit dem Pachter (preneur) verabredeten Bedingungen bestimmten Fällen.“ Im vierten Kapitel, Art und Preis der Ablösung der loskauflichen Rechte, verordnet der Art. 58.: „Um die Ablösung des Heimfallsrechts zu bewirken, soll der Werth des dem Heimfall unterworfenen Gutes entweder in der Güte oder durch Sachverständige bestimmt werden. Der hundertste Theil des Betrages dieser Schätzung soll den ständigen oder jährlichen Abgaben und dem fünf und zwanzigsten Theile der nach dem Artikel 56. bestimmten Summen für die zufälligen Rechte hinzugefügt werden. Der Betrag des Ganzen als fünf vom Hundert gerechnet, bildet das Verhältniß der Ablösung.“

Digitized by Google

4.

(Verhältniß beider Dekrete zu einander.)

Es fragt sich nun, ob und wie diese Bestimmungen mit denen des Dekrets vom 12. December 1808, welche den Heimfall bereits durch eine Mehrpacht ersetzt hatten, zu vereinigen. Nach unserer Ueberzeugung haben beide Gesetze in dieser Beziehung verschiedene Objecte. Das erste Gesetz hat es mit den leibeigenen Colonaten, das zweite mit dem emphyteutischen Rechtsverhältniß zu thun. Für jene bleibt es also lediglich bei den Bestimmungen des Dekrets vom 12. December 1808, wonach der Heimfall sofort aufgehoben, für diese entscheidet das neue Gesetz, der Heimfall besteht hier mithin bis zur Ablösung. Der Art. 49. sagt es ganz deutlich, daß nur von den Renten des emphyteutischen Verhältnisses die Rede sey, daß bis zu deren Ablösung das, selbstredend auf den Gegenständen dieses emphyteutischen Verhältnisses haftende, Heimfallsrecht bestehen bleibe. Daß das Dekret vom 12. December 1808 durch das neuere nicht aufgehoben seyn sollte, ergiebt sich auch deutlich aus dem Art. 52.: „Die Befugniß der Ablösung der sowohl durch gegenwärtiges Dekret als durch jenes vom 12. December 1808 für ablösbar erklärten Abgaben und Rechte, kann weder durch eine selbst undenkliche Präscription, noch durch eine entgegenstehende Uebereinkunft verhindert werden.“ Eben so entscheidend ist es, daß das neue Dekret in der Regel nur die Ausdrücke bailleur und preneur hat, wogegen das vom 12. December 1808 immer seigneur und colon sagt. Hiernach dürfte denn auch der Art. 29.: „Der Sterbfall, vermöge wel-

chem der Grundherr oder Verpächter (seigneur ou le bailleur) einen mehr oder minder beträchtlichen Antheil aus der Mobilar-Nachlassenschaft des Pachters (preneur) erhielten, ist ohne Entschädigung abgeschafft. Das nämliche ist der Fall mit dem unter den Namen Besthaupt, Körrecht, Kurmut oder Kurmede bekannten Rechte, das beste Stück zu nehmen. Dieses letzte Recht wird jedoch insofern beibehalten, als es auf einem Colonate haftet; in diesem Falle soll es aber in der hiernach bestimmten Art ablösbar seyn" auszulegen seyn. Seigneur heißt dort nicht Gutsherr, sondern Grundherr, und es steht ihm blos der preneur, nicht der colon, wie im Dekret vom 12. December 1808, gegenüber. Was aber den Schluß des gedachten Art. 29. betrifft, so muß er nothwendig andere Colonate bedeuten, als von denen das Dekret vom 12. December 1808 handelt. Es gab deren in dem emphyteutischen Rechtsverhältniß genug. Nur durch diese Interpretation entgeht man den Widersprüchen, welche darin liegen würden, wenn der Gesetzgeber bei eigenbehörigen Colonaten den Sterbfall ohne Entschädigung aufhöbe, für den er am 12. December 1808 bereits eine Entschädigung regulirt, oder wenn er bei denselben eigenbehörigen Colonaten das Besthaupt wieder einführte, da dieses doch als das geringere in dem größeren Rechte des Mortuariums und Erbtheilung, so durch die Mehrpacht vergütet, enthalten war. Daß man überhaupt nicht vermuthen dürfe, der Gesetzgeber habe das am 12. December 1808 peremtorisch aufgehobene und durch eine Entschädigung ersetzte Heimfallsrecht ohne weiteres für eigenbehörige Co-

lonate wieder eingeführt, versteht sich von selbst. Solche Verletzungen erworbener Rechte dürfen nur in den dringendsten Fällen als beabsichtigt angenommen werden.

Hiermit ist es nicht unvereinbar, daß das letzte Dekret mehrere allgemeine Bestimmungen enthält, welche auch auf die Objekte des Dekrets vom 12. December 1808 anwendbar sind. So ist insbesondere im Art. 47. [5]) die Generalisirung einer Bestimmung des Dekrets vom 12. December 1808 nicht zu verkennen. Dies unterscheidet sich aber noch sehr von der Aufhebung bereits unbestritten festgestellter Rechtsverhältnisse.

Uebrigens haben allerdings die Königliche Immediat-Commission, so wie die Staatsraths-Abtheilungen für die Justiz und das Innere, welche das Gesetz vom 25. Septbr. 1820 vorbereiteten, angenommen, das Dekret vom 12. December 1808 sey durch das vom 13. Septbr. 1811 ganz aufgehoben. Allein das Irrige dieser Annahme ergiebt sich aus der bisherigen Darstellung zur Gnüge. So weit dieser Irrthum wirkliche Satzungen der neuen Gesetzgebung hervorgerufen hat, kann man gegen letztere zwar nichts erinnern, aber man braucht keine weiteren Consequenzen des gedachten Irrthums zuzugeben.

---

[5]) „Unser Dekret vom 12. December 1808 ist, so viel die Befugniß zur Theilung der mit Renten beschwerten Güter, oder die solidarische Verbindlichkeit der Theilenden betrifft, in keinem Stücke abgeändert. Die Theilenden sollen persönlich für ihren Antheil und hypothekarisch für das Ganze zur Abtragung der Renten gehalten seyn."

Digitized by Google

5.

(Hanseatisches Dekret vom 9. December 1811.)

Unterm 9. December 1811 erließ Napoleon für die Departements der Ober-Ems, der Weser-Mündungen und der Elbe-Mündungen ein Dekret über die Aufhebung des Feudal-Régimes, welches Dekret am 8. Januar 1813. auch auf das Lippe-Departement ausgedehnt wurde. [6]) Die Colonen erhielten durch §. 99. das volle und freie Eigenthum der Colonate; durch Art. 9. Not. 7. wurden Sterbfall und Besthaupt ohne Entschädigung aufgehoben. Der Loskauf der Eintrittsgelder ward nach Art. 86. 87. nach Durchschnittsrechnungen bestimmt. Rücksichtlich des Heimfallsrechtes enthielt der Art. 36. zuvorderst Folgendes: „Sollte ein als Lehen- oder als Bauergut (en fief ou en roture) verliehenes Grundstück durch die Verleihungs-Urkunde oder Ortsgewohnheit einem Rückfallsrechte (droit de retour) zum Besten des Grundherrn unterworfen seyn, so soll dieses Recht durch eine nach Maaßgabe des Art. 90. bestimmte Entschädigung ersetzt werden.“ Im Art. 89. heißt es nun: „Statt des im Art. 36. benannten Heimfallsrechts soll demjenigen, zu dessen Besten es sich eröffnen könnte, eine Entschädigung bezahlt werden, welche auf folgende Art regulirt werden soll.“ Art. 90.: „Die Besitzung oder das Grundrecht (droit foncier), welche dem Heimfallsrechte unterworfen sind, sollen mittelst gütlicher Uebereinkunft, oder durch, in Gemäßheit des Art. 72.

---

[6]) Mémorial administratif du Departement de la Lippe. N. 7. Das Gesetz ist auch bei Vogelsang S. 192 ff. abgedruckt.

Digitized

ernannte Sachverständige und nach vorgängigem Abzug aller darauf haftenden Lasten geschätzt werden (sera evalué). Man soll den Heimfall nach dem Termine von 100 Jahren annehmen, und den hundertsten Theil der Schätzung (de l'évaluation) dem Loskaufe zum Grunde legen, welcher durch die Bezahlung eines Kapitals auf den Fuß von zwanzigmal dieses Hunderts bewerkstelligt werden soll." Art. 91.: "Dies Kapital soll bis zur Bezahlung mit vier Prozent verzinset werden."

Die Festsetzung dieses Ablösungssatzes erregte große Beschwerden. Die Voraussetzung, daß in hundert Jahren ein Heimfall eintrete, entsprach der Erfahrung nicht. In vielen hundert Jahren waren solche nicht eingetreten. Der Vortheil derselben bestand auch fast nur im peculium bei eigenbehörigen Stätten, da die Pacht selbst schon den Kräften des Guts gemäß war. Ohne peculium war aber in der Regel kein Wehrfester, und wenigstens bei der ersten Besetzung kein Gewinngeld zu erwarten. Blos das Gewinngeld war also bei solchen Heimfällen etwas höher,[7]) dies wurde aber schon bei der Entschädigung berücksichtigt. Darum scheinen denn auch das Bergische und Westphälische Dekret ganz Recht gehabt zu haben, wenn sie auf den Werth des Heim-

---

[7]) S. Beantwortung der von den zur Regulirung der bäuerlichen Verhältnisse allergnädigst angeordneten Commission vorgelegten Fragen, vom Schulzen Anton Raestrup als Deputirten desjenigen Distrikts des ehemaligens Münsterlandes, welcher zum französischen Kaiserreiche gehört hat. 1818. S. 135 — 141.

fallsrechts neben den Gewinngeldern keine besondere Rücksicht nahmen. Uebrigens hatte das Bergische Dekret vom 13. Septbr. 1811 Art. 58. denselben Ablösungssatz. In 100 Jahren erhielt sonach der Gutsherr den Werth des Guts einmal an Zinsen, und einmal in Kapital, welches nämlich mit dem hundertsten Jahre noch bestand. Rechnet man Zwischenzinsen, so erhielt er noch weit mehr für den Heimfall.

6.

(Gesetz vom 25. Septbr. 1820.)

Bei der Berathung des Gesetzes vom 25. Septbr. 1820 war man erstlich darin einverstanden, daß, wie oben bemerkt, das Bergische Dekret vom 12. December 1808 durch das vom 13. Septbr. 1811 gänzlich aufgehoben sey. Es ward daher das Heimfallsrecht für die Lande des Bergischen Rechts als noch vorhanden betrachtet. Zum andern fand man im Westphälischen Dekrete vom 25. Juli 1811 darin eine Lücke, daß das Heimfallsrecht, wenn neben ihm kein Laudemium besteht, nicht erwähnt war. Anfänglich wollte man daher für diesen Fall die Declaration vom 29. Mai 1816 [8]) Art. 69. lit. e. anwenden. Man fand es aber inconsequent, das Heimfallsrecht da, wo es allein steht, ablösen zu lassen, wo es aber neben einem Laudemium vorkommt, ohne Entschädigung aufzuheben, und kam man daher zu dem Beschlusse, das Heimfallsrecht noch besonders ablösen zu lassen. Dies scheint nun ein sehr folgenreicher Irrthum gewesen zu seyn, da, wie oben

[8]) Gesetz-Samml. von 1816 S. 170.

mehrfach bemerkt, in der Laudemienabfindung effectiv die des Heimfalls mit enthalten war. Was drittens den Ablösungssatz betraf, so nahm man keinen höheren Satz, als 2 Prozent des Rein-Ertrags an. Man berücksichtigte dabei, daß der Gutsherr den heimgefallenen Hof meist ohne alle Erhöhung der Lasten wieder einem bäuerlichen Besitzer zu verleihen verpflichtet gewesen. Auf diese Weise nivellirten sich die gesetzlichen Bestimmungen über den Heimfall in den verschiedenen Landestheilen. Nur machte viertens die im Hanseatischen Dekret vom 9. December 1811 enthaltene Aufhebung des Heimfallsrechts Schwierigkeiten. Man hatte nämlich überhaupt als Grundsatz angenommen, daß, wenn aus einem fremden Gesetze neue Rechte bereits wirklich entstanden, es dabei sein Bewenden behalten müsse, dagegen aber, wenn blos die Möglichkeit einer künftigen Rechts-Aenderung ausgesprochen und die Bedingungen derselben bestimmt worden, oder blos über die Beweisführung Bestimmungen getroffen, der Gesetzgeber noch freie Hand habe. Diesem nach glaubte man daher so wenig den Hanseatischen Gutsherrn den festgestellten Ablösungssatz, als den Bauern die einmal erworbene Freiheit vom Heimfall entziehen zu dürfen.

Hieraus erklären sich nun die zwei §§. des 1. Gesetzes vom 25. Septbr. 1820. §. 52.: „Das Heimfallsrecht wird ohne Unterschied, ob es neben dem Laudemium oder ohne dasselbe besteht, durch eine jährliche Rente abgelöset, welche zwei Prozent vom reinen Ertrage des Guts beträgt. Bei der Berechnung dieses reinen Ertrages sollen jedoch nicht nur die öffentlichen Abgaben,

sondern auch die gutsherrlichen Leistungen und alle übrigen Reallasten, insbesondere auch die Zinsen der darauf hypothekarisch versicherten Schulden, in Abzug gebracht werden, insoweit diese von dem Gutsherrn anerkannt werden müssen (konsentirt sind)." §. 53.: "Da indessen das Französisch-Hanseatische Gesetz sofort mit dem Tage seiner Bekanntmachung das Heimfallsrecht gänzlich aufgehoben, und eine Entschädigung an dessen Stelle angeordnet hat, die es auf den fünften Theil des Taxwerths des verpflichteten Grundstücks nach Abzug aller darauf haftenden Lasten feststellt, und dabei verordnet, daß diese Kapital-Entschädigung bis zur Abzahlung mit vier Prozent verzinset werden soll; so hat es in den vormaligen Französisch-Hanseatischen Departements dabei sein Bewenden. Unter den Lasten, welche von dem Taxwerthe des Grundstücks abgezogen werden sollen, sind aber nicht blos die öffentlichen, sondern auch alle gutsherrlichen und übrigen auf dem Grundstück haftenden Privatlasten, insbesondere die von dem Gutsherrn anzuerkennenden Hypotheken zu verstehen. Die Verzinsung fängt übrigens mit dem Tage an, an welchem das Dekret vom 9. December 1811 bekannt gemacht worden ist."

Im übrigen enthielt das Gesetz bedeutende Aenderungen der Dekrete der Fremdherrschaft, nicht immer mit dem eben erwähnten Prinzip der erworbenen Rechte vereinbar. Die §§. 15—17. des Gesetzes gestanden dem Bauer, wenn er nicht blos Geldabgaben auf dem Gute hatte, nur das nutzbare Eigenthum zu, so daß er dann das Grundstück ohne Einwilligung des Berechtigten nicht veräußern, verkaufen, zerstückeln, mit Servituten oder

Digitized by Google

Hypotheken beschweren konnte, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verabredet. Die Umwandlung der Naturalabgaben in Geldabgaben ward in den §§. 33 ff. angeordnet, aber, da diese Geldrenten beständig beweglich, den Einwirkungen der jährlichen Fruchtpreise unterworfen bleiben sollten, zu komplizirt, daher unpraktisch.

7.

(Gesetze vom 21. April 1825. Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829.)

Ein neues Gesetz wurde nothwendig. Das Gesetz vom 25. Septbr. 1820 ward aufgehoben, und durch die drei Gesetze vom 21. April 1825 und die diesen gefolgte Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829 ersetzt. Es erhielten darin die Bauern das volle Eigenthum, nur im ehemaligen Königreich Westphalen ward das blos nutzbare Eigenthum der mit Naturalabgaben belasteten Bauern, sofern sie nicht schon vor der fremden Gesetzgebung volles Eigenthum gehabt, beibehalten. [9]) Im Bergischen entschied in Ansehung der Colonate die Rechtskraft des Dekrets vom 12. December 1808, in Ansehung der übrigen Arten von Grundstücken aber die Zeit der Gesetzeskraft des Dekrets vom 13. September 1811; im Hanseatischen Bezirk entschied ebenfalls rücksichtlich der ehemals Bergischen Landestheile jenes Dekret vom 12. December 1808 in Ansehung der Colonate, in jeder andern Anwendung aber der Zeitpunkt der Gesetzkraft des Franz. Hanseat. Dekrets vom 9. December 1811.

---

[9]) I. Gesetz vom 21. April 1825. §. 15 ff. II. Ges. §. 15. III. Ges. §. 15.

Digitized by Google

Rücksichtlich des Heimfallsrechts traten mehrere sehr wichtige Aenderungen ein, und zwar waren, was dessen Ablösung betrifft, 1) noch immer bedeutende Beschwerden gegen den hohen Satz der Ablösung des Hanseatischen Heimfallsrechts erhoben, ja bezweifelt, ob der §. 53. des Gesetzes vom 25. Septbr. 1820 auf das später zu den Französisch-Hanseatischen Departements gekommenen Lippe-Departement Anwendung finde. Anfänglich beabsichtigte die Ministerial-Commission, den §. 53. aufrecht zu erhalten, und dessen Anwendbarkeit auf das Lippe-Departement auszusprechen. Nach der Berathung im Staatsrath wurde aber angenommen, daß auch hier der Ablösesatz von 2 Prozent des Rein-Ertrags gelten sollte. Es enthielten daher, da die Ablösungs-Ordnung vom Hauptgesetz getrennt erschien, die 3 Gesetze vom 21. April 1825 I. §. 37. II. §. 24. III. §. 23. die Satzung: „Das Heimfallsrecht dauert in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort. So lange ein solches Heimfallrecht unabgelöset besteht, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden.“ Auch ward, da die Herstellung des Heimfalles im Hanseatischen mit den bisherigen, während dessen Aufhebung, erworbenen Rechten in Collision kommen mußte, dem §. 23. des III. Gesetzes zugesetzt: „wobei sich jedoch, wie überall, die Beobachtung der im §. 91. enthaltenen Vorschrift von selbst versteht.“ Der §. 91. betrifft nämlich die Aufrechthaltung der Judikate und Vergleiche, und sonstigen rechtsgültigen Festsetzungen, soweit dadurch nicht ohne Ent-

Digitized by Google

schädigung abgeschaffte Rechte unverwandelt aufrecht erhalten werden. — Der Ablösungssatz ward nun allgemein in der Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829. festgestellt. §. 75.: "Der jährliche Werth des Heimfallsrechtes wird ohne Unterschied, ob es neben dem Laudemium, oder ohne dasselbe bestehe, und ohne Unterschied der einzelnen Landestheile, für welche das gegenwärtige Gesetz erlassen ist, auf eine Rente angeschlagen, welche zwei Prozent vom reinen Ertrag des Guts beträgt. Bei der Berechnung dieses reinen Ertrages sollen jedoch nicht nur die öffentlichen Abgaben, sondern auch die gutsherrlichen Leistungen und alle übrige Real-Lasten, insbesondere auch die Zinsen der darauf vor Einführung der fremden Gesetze hypothekarisch versicherten Schulden, in Abzug gebracht werden, insoweit diese vom Gutsherrn anerkannt werden müssen. Der Umfang dieser Abzüge wird nach der Zeit des Antrages auf Ablösung bestimmt."

2) In der Westphälischen 1. Ständeversammlung, wo diese Ablöse-Ordnung berathen ward, trugen einige Münstersche Gutsherrn darauf an, für den Heimfall wenigstens dann eine höhere Entschädigung zu bewilligen, wenn dessen Eintritt bald zu erwarten, wenn das Gut nur noch auf vier Augen stehe. Eine große Majorität verwarf diesen auf dem Sächsischen Landtage nicht einmal gemachten Antrag. Nichts desto weniger ging der §. 73. der Ablöse-Ordnuug am Schlusse sogar noch viel weiter: "Steht jedoch das belastete Gut nur noch auf vier Augen, so hat der Berechtigte die Befugniß, die Ablösung des Heimfallsrechts zu verweigern." Der III. Westphälische Landtag, mit alleinigem Widerspruche

zweier Mitglieder, vereinigte sich zu dem Antrage, in einem solchen Falle die Ablöse vermittelst einer Rente von 5 Procent, und sofern das Gut nur noch auf zwei Augen stehe, von 10 Procent zu gestatten.[10]) Des Königs Majestät haben hierüber das Gutachten des Staatsraths zu erfordern und sich die weitere Entscheidung vorzubehalten geruht.[11]) Da der Schluß des §. 75. allen früheren Gesetzen widerspricht und eine nicht zu verkennende Härte enthält, so wäre hier allerdings eine billige Ausgleichung zu wünschen, auch wohl zu hoffen.

3) Die oben §. 4. entwickelte Ansicht, daß nach dem Bergischen Dekrete vom 12. December 1808 der Heimfall auf eigenbehörigen Colonaten aufgehoben sey, ward theilweise im §. 76. der Ablösungs-Ordnung aufgestellt. „Ist in Gemäßheit des Bergischen Gesetzes vom 12. December 1808 Art. 4. und 6. bis 8. das Heimfallsrecht, der Sterbfall und die Auflassung bereits durch wirkliche Zahlung der angeordneten Mehrpacht entschädigt worden, so ist die Ablösung dieser Rechte dadurch als vollendet anzusehen, wenn gleich die im 11. Artikel des Gesetzes[12]) verfügte Eintragung in das Hypothekenbuch

---

[10]) Der dritte Westphälische Landtag. Münster 1832. Darstellung S. 39.

[11]) III. Westphäl. Landtags-Abschied, S. 10. Im IV. Landtags-Abschiede S. 20. ist diese Entscheidung als nahe bevorstehend angekündigt, da dieser Landtag den Antrag wiederholt hatte.

[12]) „Zur Sicherheit der Zahlung der dem Colonen zur Last liegenden Leistungen sollen die Gutsherrn bis zu deren Loskauf auf das Colonat und die davon getrennten Theile die Rechte und Privilegien behalten, welche der Art. 2103.

noch nicht erfolgt seyn sollte. Das vorliegende Gesetz ist folglich auf Fälle dieser Art nicht anzuwenden." Nach unserer Ansicht ging das aus dem Dekrete vom 12. December 1808 erworbene Recht weiter, war nicht nothwendig durch wirkliche Zahlung der Mehrpacht bedingt.

Cap. II.

Heimfallsrechte des Gutsherrn.

8.

(Begriff des Heimfallsrechts. Ob auch Caducität darunter gehöre?)

Die Definition des Heimfalls ist, wie schon oben bemerkt, bloß im Gesetze vom 12. December 1808 gegeben, als die Erlöschung des Erbnießbrauches, wenn der Colon keine zur Auflassung auf das Colonat geeignete Erben hinterläßt. Die übrigen Gesetze stehen hiemit nicht in Widerspruch, und der §. 75. am Ende der Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829 bestätigt wenigstens, daß das Heimfallsrecht mit dem Erlöschen der Gutsberechtigten Familie in Verbindung stehe. Es ist daher völlig irrig, wenn einige Gerichte geglaubt haben, zu dem bestehen gebliebenen Heimfallsrechte gehören auch die früheren auf Verletzung der Colonatpflichten stehenden Caducitäten.

N. 1. des Code Nopoleon dem Verkäufer eines Grundeigenthums zur Sicherheit des Kaufpreises gewährt. Sie müssen zu dem Ende die Eintragung in das Hypothekenbuch innerhalb der Frist nachsuchen, welche das Gesetz über die Hypotheken bestimmen wird."

Diese sind mit dem Rechtsverhältniß, wofür sie bestanden, erloschen, sind nicht auf die durch die neue Gesetzgebung gebildeten Rechtsverhältnisse übergegangen. Es ist dies unter andern in folgendem Rechtsfalle erörtert worden.

Der Freiherr Christoph von der Reck zu Aplerbeck behauptete, daß der Colon Mersmann zu Vellingsen in der Soester Börde sein Gut verwirkt habe, weil er die Rückstände anschwellen lassen, und klagte deßhalb auf Räumung des Gutes, welche auch vom Land- und Stadt-Gerichte zu Soest und vom Ober-Landesgericht zu Hamm am 29. Juni 1822 und 31. Juli 1823, also zu einer Zeit, wo den Colonen, denen noch Natural-Abgaben oblagen, nur ein nutzbares Eigenthum zugestanden ward, erkannt war. In der Revisions-Instanz ward Verklagter durch das am 24. Januar 1826 publicirte Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Münster für nicht schuldig erklärt, den Mersmanns Hof zu räumen. Folgendes sind die

Gründe

so weit sie hier einschlagen.

Wenn Colonate nach Erbrecht, aber für eine gewisse Anzahl Jahre, oder für die Descendenten des Colons, oder für die Descendenten desselben bis zu einem gewissen Grade untergegeben wurden, dann lag es in der Natur der Art der Untergebung, daß sie, so wie sie untergegeben waren, nach dem Ablaufe der Anzahl Jahre oder nach dem Abgange der successionsfähigen Descendenten auf den Eigenthümer, welcher sie so untergegeben hatte, oder dessen Successor von selbst wieder zur völlig freien Disposition zurückfallen mußten. Man nannte dieses

Heimfallen, welches Wort Wachter in seinem Glossarium sub voce, Heim durch redire ad pristinum dominum erklärt.

Die Untergabe eines Colonats nach Erbrecht konnte mittelst verschiedenartiger Contracte geschehen, und darnach richteten sich die verschiedenen Verbindlichkeiten, welche dem jedesmaligen Unterhaber des Colonats, der es nach Erbrecht unterhatte, auflagen. Wenn dieser nun den ihm aufliegenden Verbindlichkeiten entgegen handelte, so konnte es den vorhandenen besondern gesetzlichen Dispositionen gemäß der Fall werden, daß er zur Strafe das Erbrecht verlor. In diesem Falle sagte man, daß eine Caducität vorhanden war. Eine solche Caducität konnte die vielleicht noch vorhandenen sonstigen Descendenten, welchen ein jus succedendi zustand, nicht benachtheiligen, und selten war es daher der Fall, daß sie zur Folge hatte, daß der Gutsherr das Colonat zur freien Disposition wieder erhielt.

So wie ein Colonat nach Erbrecht gesagter maaßen untergegeben werden konnte, so konnte es auch eigenthümlich unter der Beschränkung übertragen werden, daß das Eigenthum nach Ablauf einer bestimmten Zeit, oder nach Erlöschung einer Descendenz, oder nach Abgang der Descendenten von einem gewissen Grade auf den vorigen Eigenthümer von selbst wieder zurückgehen, das ist heimfallen sollte. Der fremde Gesetzgeber hielt es daher, wie er den Colonen statt des ihnen bis dahin blos zugestandenen auf eine gewisse Zeit oder für bestimmte Descendenten beschränkten erblichen Nutzungsrechts das volle Eigenthum beilegte, angemessen, dieses in Hinsicht der

Digitized by Google

Dauer auf die nämliche Art, wie es bei dem Nutzungsrechte der Fall gewesen war, zu beschränken, das ist, das Heimfallsrecht bis zur Ablösung beizubehalten, und nach Unterschied gleich eine Entschädigung dafür zu bestimmen. Da nach dem ihnen zugelegten vollen Eigenthum die Colonen als wirkliche volle Eigenthümer, und nicht mehr als solche, welchen an dem dem Gutsherrn gehörigen Colonate bloß ein Erbrecht zustand, als Erbpächter, Eigenbehöriger, Meier ꝛc. nämlich besaßen, sie folglich die Rechte und Befugnisse eines wirklichen Eigenthümers hatten, und ihnen mithin die Verbindlichkeiten nicht mehr aufliegen konnten, welche sie vorhin als solche, welche nach Erbrecht ein fremdes Eigenthum unterhatten, tragen mußten, so verstand es sich wohl von selbst, daß sie durch Handlungen, welche diesen ihnen nicht mehr aufliegenden Verbindlichkeiten entgegen liefen, sich zur Strafe keinen Verlust mehr zuziehen, und daß folglich von allen Caducitätsfällen keine Rede mehr seyn konnte, insofern nicht etwa der neue Gesetzgeber selbst wieder ähnliche mit dem zugestandenen vollen Eigenthum im Einklange stehende Bestimmungen erließ. In dem Bergischen vom 12. December 1808 gab der Gesetzgeber selbst ganz deutlich an, was er unter dem Ausdrucke Heimfall verstanden wissen wollte, er erklärte denselben grade, so wie vorhin bemerkt ist, es hieß nämlich darin Art. 4. N. 3. der Heimfall (le droit de retour) oder die Erlöschung des Erbnießbrauchs, wenn der Colon keine zur Auflassung auf das Colonat geeignete Erben hinterläßt, und sagte dafür Entschädigung zu. Von den Caducitätsfällen, welche ein oder anderer Colon durch ver-

bindlichkeitswidrige Handlungen zur Strafe unter den vorherigen Verhältnissen hatte herbeiführen können, und die bei den neu gestalteten Verhältnissen offenbar kein Statt mehr finden konnten, war darin gar keine Rede.

Wenn nun der nämliche Gesetzgeber in dem Bergischen Dekrete vom 13. September 1811 Art. 19. das Heimfallsrecht (droit de retour) einstweilen bis zur Ablösung beibehielt, so wollte er dasselbe doch wohl in dem nämlichen Sinne genommen wissen, worin er es in dem vorherigen Gesetze so deutlich erklärt hatte. Es erhellt dieses auch aus dem Artikel 41. des nämlichen Dekrets.[13]) Vorzüglich war nämlich nach den vorherigen Verhältnissen dann ein Caducitätsfall eingetreten, wenn der Erbpachter, Emphyteute ꝛc. zwei oder drei nach einander folgende Jahre die Pächte und Prästanda nicht abgeführt hatte; bei den veränderten Verhältnissen, wo nur volle Eigenthümer, und keine Erbpächter, Emphyteuten ꝛc. mehr erschienen, konnte wie schon bemerkt ist, dieser Caducitätsfall nicht mehr statt finden, und zwar um so weniger, da die jährlichen Abgaben als Renten dargestellt wurden, zur Sicherheit derselben eine hypothekarische Eintragung vorgeschrieben war, und sie daher keine weitern Befugnisse bewirken konnten, wie jedem eingetragenen Rente-Gläubiger zustanden. Der Gesetzgeber wollte nun aber etwas dem vorherigen Caducitätsfall ähnliches statt finden lassen, er nahm daher an, als

---

13) „Unabhängig von aller hypothekarischen Eintragung behält der Verpachter das Recht, in Gemäßheit des Art. 1184. des Gesetzbuches Napoleon den Vertrag auflösen zu lassen, wenn die Abgabe binnen zweien Jahren nicht bezahlt wird."

Digitized by Google

wenn das Eigenthum des Colonats gegen die abzuführenden Renten durch einen Contract übertragen wäre, und ließ das Mittel eintreten, welches der Art. 1184. des Code Napoleon [14]) für solche Contracte festsetzte. Sehr verschieden war aber dieses Mittel von dem vorherigen Caducitätsfalle, indem es eine stillschweigende auflösende Bedingung voraussetzte, und dem Richter die Befugniß gab, zur Nachbezahlung noch eine Frist zu gestatten.

In keinem anderen Sinne, wie die fremden Gesetze den Heimfall genommen hatten, wurde derselbe in dem Gesetze vom 25. September 1820 genommen, wenn darin und zwar sogar in Gefolg der fremden Gesetze von einer Ablösung des Heimfallsrechts die Rede war. Da dieses Gesetz die fremden Gesetze gänzlich abschaffte, so konnte auch seit der Publikation desselben in allen noch nicht rechtskräftig entschiedenen Fällen selbst auf den Art. 41. des Gesetzes vom 13. September 1811 nicht mehr zurückgegangen werden. Nunmehr ist es das

---

[14]) „Bei zweiseitigen Verträgen wird immer stillschweigend die Bedingung vorausgesetzt, daß der Vertrag aufgehoben seyn solle, wenn einer von beiden Theilen seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

„In diesem Falle ist der Vertrag nicht schon kraft des Gesetzes (de plein droit) aufgehoben. Der Contrahent, gegen den die Verbindlichkeit nicht erfüllt worden ist, hat die Wahl, entweder den andern zur Erfüllung des Vertrages, wenn sie noch möglich ist, zu zwingen, oder die Aufhebung desselben, nebst Schadensersatz, zu fordern.

„Auf die Aufhebung muß gerichtlich geklagt werden, und dem Beklagten kann den Umständen nach ein Aufschub gestattet werden."

Digitized by Google

Gesetz vom 21. April 1825, welches in allen noch nicht rechtskräftig entschiedenen Sachen bloß allein zur Anwendung kommen kann. Es ist darin das Heimfallsrecht noch beibehalten, dasselbe wird aber ohne Zweifel darin in der vorhin bemerkten Bedeutung genommen, worin es auch die fremden Gesetze genommen haben. Da darnach der Colon als voller Eigenthümer das Colonat unterhat, so lassen sich Caducitätsfälle, welche bei einem bloßen Erbrechte, so man an einem fremden Colonat als Erbpachter, Emphyteute ꝛc. besaß, vorkommen konnten, gar nicht denken. Daß unter anderen der rückständigen Abgaben und Leistungen wegen nach diesem Gesetze von irgend einer Caducität keine Rede seyn könne, erhellet aus dem §. 19. desselben, indem nach dieser Gesetzstelle der Berechtigte in Beziehung auf die ihm noch zuständigen Geld-Abgaben und Naturalleistungen keine andern Rechte als die eines Realgläubigers, diese jedoch mit denjenigen Vorzügen, welche die allgemeinen Gesetze ihm beilegen, haben soll, es jedoch wohl zu den Rechten eines Realgläubigers ausgemacht nicht gehört, daß derselbe auf Caducität verfahren könne. Hiernach konnte überhaupt eine Deokupationsklage gegen den Revidenten als begründet nicht angesehen werden, und mußte um so mehr eine Abänderung erfolgen.

Die Gründe dieses Erkenntnisses sind schlagend. Eben so ist auch am 2. Okt. 1834 vom Geh. Ober-Tribunal in Sachen evang. Kirchen-Consistorii zu Herdecke gegen Lohgerber Gottfried Stegmann jun. gegen die Caducität wegen Nichterfullung der Bedingungen eines Zeitgewinn-Vertrages erkannt worden. Dasselbe muß auch beim nutzbaren Eigenthum

Digitized by Google

des l. Gesetzes vom 21. April 1825 gelten. Wir sind daher auch mit unserm Freund Wigand nicht einverstanden, wenn dieser, in seinem übrigens um seiner geschichtlichen Forschungen willen trefflichen und über unser Lob erhabenen Provinzialrechte von Paderborn und Corvey [15]) die Caducitäten bei Meiergütern für noch fortbestehend erklärt. Es giebt keine Meyergüter (erbliche Pachtgüter, über die Strube ein eigenes Buch, de jure villicorum, geschrieben) im rechtlichen Sinne mehr, sondern nur Güter, an denen der Besitzer, ein neues Recht, und zwar, wenn sie mit Geldabgaben belastet, das volle, sonst das nutzbare Eigenthum von Publikation des Königlich Westphälischen Dekrets vom 23. Januar 1808 ab erworben hat. [16]) Die Provinzial-Rechte, auf welche sich Wigand beruft, haben kein Object mehr. Sie waren durch die Westphälische Gesetzgebung aufgehoben, durch §. 2. des Publikations-Patents vom 9. September 1814 nicht, und somit auch nicht durch §. 2. des Gesetzes vom 21. April 1825 wieder hergestellt. Uebrigens stehen die §§. 33 — 35. des Gesetzes vom 21. April 1825 der Caducität direkt entgegen, da sie im Falle, daß der nutzbare Eigenthümer die Abgaben zu entrichten unvermögend werde, das Gut Schulden halber verlasse, nur den Verkauf des Guts und Uebergabe des für den rückständigen Zins nicht erforderlichen Erlöses an den nutzbaren Eigenthümer verordnen. Hierdurch ist der rechtliche Charakter des durch das Gesetz gestifteten neuen Rechtsverhältnisses genügend interpretirt, und es kann

[15]) Bd. 1. S. 220 ff. 349. 350. 352.

[16]) §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825.

Digitized by Google

nun nicht zugleich mehr von den alten Caducitäten des bloßen Meyerrechts die Rede seyn. Siehe auch das tiefer unten anzuführende Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals in der Sache von Harthausen gegen Reineke. (Beilage 1.)

9.

(Bei welchen Gütern das Heimfallsrecht statt finde.)

Es fragt sich nun, welche Güter sind es, bei denen das Heimfallsrecht statt fand und daher noch besteht? Es sind solche Güter, bei denen nach Vertrag, Herkommen, oder Gesetz nur gewisse Personen zur Auflassung auf das Gut geeignet waren, so daß bei deren Nichtvorhandenseyn das Gut nach dem Tode des letzten Besitzers dem Berechtigten heimfiel. Das Bestehen eines solchen Rechtes muß vom Berechtigten im einzelnen Falle erwiesen werden, da er seinem Anspruche ein singulaires Sach- und Rechts-Verhältniß zum Grunde legt, wofür im Allgemeinen nicht vermuthet wird. Der Art. 49. des Bergischen Dekrets vom 13. September 1811 hält das Heimfallsrecht aufrecht „in den durch die alten Gesetze oder durch die mit dem Pachter verabredeten Bedingungen bestimmten Fällen." Eben so sagt der Art. 36. des Hanseatischen Dekrets vom 9. December 1811: „Sollte ein Grundstück durch die Verleihungs-Urkunde oder Ortsgewohnheit einem Rückfallsrechte unterworfen seyn, so soll ꝛc." Eben so sagen die Gesetze v. 21. April 1825, daß das Heimfallsrecht in den Fällen fortdauere, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestanden. Nirgends wird es also als etwas sich von selbst Verstehendes betrachtet. Es ist sonach die Frage quaestio facti im einzelnen Falle. Erwähnen wir einige Fälle!

Digitized by Google

1) Daß bei den eigenbehörigen Gütern ein solches Heimfallsrecht in der Regel statt fand, ist zu bekannt, um eines besonderen Beweises aus den Eigenthums-Ordnungen zu bedürfen. Da im Lande Delbrück aber die Eigenbehörigen das Gut sowohl unter Lebendigen als von Todes wegen willkührlich an Fremde übertragen können, [17]) so bedarf es hier auch keiner besonderen Eigenschaft der succedirenden Person, es ist daher kein Heimfall vorhanden, und Fiskus hat ganz mit Recht seine deßfallsigen Anmeldungen löschen lassen.

2) Da beim emphyteutischen Rechts-Verhältniß, Erbzinsgüter nach Preußischen Rechte, die Veräußerung des Guts an einem Dritten, mit Vorbehalt des Vorkaufs, was hier nicht erheblich, statt fand, [18]) so kann hier von einem Heimfall keine Rede seyn. Was man inter vivos willkührlich veräußern kann, das kann man auch durch letztwillige Disposition oder Intestat-Erbfolge vererbfällen, es ist hier der Fall nicht denkbar, daß keine zur Auflassung auf das Gut geeignete Erben hinterlassen werden. Schlüter [19]) irrt, wenn er im §. 809. A. L. R. I. 18. ein allgemeines Heimfallsrecht bei Erbzinsgütern findet, da dieser §. ja vielmehr eben das nicht Gewöhnliche voraussetzt, daß ein einzelnes Erb-

---

[17]) Wigand Provinzialrecht von Paderborn und Corvey Bd. 1. S. 240.

[18]) §. 3. J. de locatione (3., 25) L. 3. C. de jure emphyteutico (4., 66.) Allg. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 701—706.

[19]) Provinzialrecht von Münster, S. 30. 31.

zinsgut auf eine gewisse Zeit oder auf gewisse Geschlechtsfolgen nur verliehen worden.

3) Aus demselben Grunde kann daher auch bei den Paderborn'schen Meyern kein Heimfallsrecht denkbar seyn, denn sie haben das Recht zum Verkaufe des Guts.[20]) Wigand behauptet hier ein Heimfallsrecht, weil der §. 22. der Meyer-Ordnung sagt:

„Stirbt aber der Meyer ohne Leibeserben ab intestato, und ohne eine zu Recht beständige Disposition gemacht zu haben, so verfällt das Gut auf seine nächste, obgleich vorhin abgefundene Collateral-Verwandte, und wenn diese nicht vorhanden, auf den Gutsherrn, der aber alsdann nach Abzug der rückständigen Schatzungen und sonstigen onerum publicorum, auch des ihm rückständigen Canonis, die auf das Gut gemachten Schulden, inwieweit das von dem Meyer hinterlassene eigenthümliche Vermögen dazu hinreicht, denen Creditoren auszuzahlen verbunden, einen weiteren Anspruch aber daran zu machen nicht befugt ist."

Wigand[21]) leitet hieraus den §. 139. seines Entwurfs des Paderbornschen Provinzialrechts ab:

„Das Meyergut fällt dem Gutsherrn anheim, wenn der Meyer weder Descendenten noch andere successionsfähige, wenn gleich bereits abgefundene Verwandten

---

[20]) Meyer-Ordnung vom 23. December 1765 §. 9. in der Sammlung Hochfürstlich Paderbornscher Landes-Verordnungen, Th. 3. S. 258., auch bei Wigand Bd. 3. S. 42.

[21]) Bd. 1. S. 239. wo auch bemerkt ist, daß das Finanz-Ministerium auf dieses angebliche Heimfallsrecht keinen Anspruch macht.

Digitized by Google

hinterläßt, auch keine zu Recht bestehende Disposition von ihm ist gemacht worden."

Dies ist durchaus irrig. Der §. 22. der Meyer-Ordnung spricht nur die Befreiung des gutsherrlichen Eigenthums von der Beschränkung durch die Rechte des Meyers aus, wenn Niemand mehr da ist, der letztere in Anspruch nimmt. Das ist aber kein Heimfallsrecht, bedingt durch besondere Qualitäten der auf das Gut succedirenden Personen, somit durch Abwesenheit solcher Personen und Qualitäten begründet. Wie! der arme Bauer sollte dafür jetzt dem Gutsherrn jährlich 2 Procent Ablösungssumme bezahlen, weil es möglich, daß seine Nachkommen einst völlig erlöschen und auch nicht einmal testiren, und nun der Gutsherr dem Fiscus in der Occupation des Guts vorgehe? Wer möchte so etwas als Absicht des Gesetzgebers behaupten? Unbestreitbar würde jetzt ein solches Recht dem Fiscus zufallen, da es gegen A. L. R. Th. II. Tit. 16. §. 12. 16. keine Provinzialrechte giebt. Gemeinrechtlich hatte der Staat kein ausschließliches Recht zur Occupation von Immobilien, dies ist erst durch das allgemeine Landrecht eingeführt.[22]) Es war daher sehr natürlich, daß früher der Gutsherr das herrenlos gewordene Meyergut zu sich nahm, das Meyerrecht als weggefallene Beschränkung seines Obereigenthums mit demselben consolidirte, dies war aber kein Recht, was er gegen den Bemeyerten aus dem Vertragsverhältniß hatte, und ist jetzt erloschen.

---

[22]) Duesberg bei Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 2. S. 94—95.

Digitized by Google

Die Ausdehnung jenes Heimfallsrechts auf die Corveyschen Meyer,[23]) obgleich dort nicht einmal Gesetz oder Herkommen dafür spricht, ist selbstredend um so mehr unstatthaft.

4) Bei der Erbpacht nach Preußischem Rechte ist ein Heimfall eben so wenig denkbar, da die Erbpachtgerechtigkeit das volle Eigenthum des Pachters ist, und von ihm darüber eben so, wie bei der Emphyteuse, verfügt werden kann.[24]) Bei manchen Erbpachten in der Provinz findet aber sicher ein Heimfall statt, da sie häufig, wie bei den zur Cultur ausgesetzten Gütern des Allg. Landrechts[25]) auf die Descendenten des ersten Erbpachters beschränkt, Veräußerungen sogar gewöhnlich untersagt sind. Bei Leib- und Zeitgewinnsgütern ist sogar das Verbot der Veräußerungen eine der auf Erblichkeit des Verhältnisses schließen lassenden Thatsachen.[26]) Bei den Münsterschen Erbpachtgütern ist das Erbrecht ausdrücklich auf Descendenten, Ascendenten und Collateralen bis zum vierten Grade kanonischer Computation beschränkt,[27]) am Daseyn des Heimfallsrechts daher kein Zweifel möglich. Nach einem Berichte des Soester Landgerichts vom 5. Januar 1828 an das Ober-Landesgericht zu Hamm hat in der Soester Börde nie ein eigentliches Heimfallsrecht im Unterschiede von Caducität bei den dortigen

---

[23]) Bd. 1. S. 352.

[24]) A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 21.

[25]) Th. I. Tit. 21. §. 629. 634. 642.

[26]) II. Gesetz vom 21. April 1825. §. 22. N. 4, a.

[27]) Münster. Erbpacht-Ordnung vom 21. Septbr. 1783 bei Schlüter Provinzialrecht von Münster 369. 370.

Digitized by Google

Colonaten bestanden. Schon darum wird ein solches dort nicht angenommen, weil das Colonat von jeher in die Gütergemeinschaft gefallen.

5) Bei Zinsgütern findet natürlich kein Heimfallsrecht statt, da dabei nicht einmal ein Ober-Eigenthum des Berechtigten anerkannt wird.[28]) Ueberhaupt begründet die Laudemial-Pflichtigkeit einer Stätte noch keinen Schluß auf ein Heimfallsrecht. Ich theile darüber folgenden Rechtsfall mit:

In Sachen der Ehefrau des Kötters und Commercianten Schnittger, verwitwet gewesenen Busse-maas zu Kauniz gegen Gastwirth Heinrich Pöhler zu Kauniz hatte erstere bei einem Erbfolgestreite sich auf das noch nicht abgelöste Heimfallsrecht auf der fraglichen Stätte, in der Grafschaft Rietberg, berufen. Durch das Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Paderborn de publ. 27. December 1834 wurde dieser neue Klagegrund für die zweite Instanz nicht mehr zugelassen, sodann aber weiter bemerkt:

Abgesehen aber auch hiervon, können die vorgebrachten nova keine abändernde Entscheidung bewirken. Zwar würde die Stätte, ruhte auf ihr ein noch nicht abgelöstes Heimfallsrecht, nach §. 57. des I. Gesetzes vom 21. April 1825 und der Cabinets-Ordre vom 24. Novbr. 1833 nach den vor Einführung der fremden Gesetze hier geltenden Grundsätzen vererbt werden, und wäre auch in concreto dieselbe mit dem Tode des Anerben vor Antretung des Guts, bei dem Mangel

---

[28]) Allg. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 813. 815—818.

unabgefundener Geschwister auf die Klägerin als mahljährige Besitzerin übergegangen,

Runde Interims-Wirthschaft 1. Aufl. S. 301. §. 87.
Diederichs Entwurf der Rechtslehre von der Eigenbehörigkeit. Absch. 7. S. 125. 126.
Klöntrup von der Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten im Osnabrückischen. Absch. 12. S. 57. und 58.,

aber Klägerin ist den Beweis schuldig geblieben, daß auf der Stätte ein noch nicht abgelöstes Heimfallsrecht ruhe, und es liegen sogar Beweise für das Gegentheil vor. Lediglich aus dem Umstande, daß die Stätte bei jedem Veränderungsfalle beweinkauft werden muß, wird auf ein auf derselben ruhendes Heimfallsrecht geschlossen; dieses ist ein ganz falscher Schluß, da der Weinkauf eine ganz gewöhnlich vorkommende Abgabe ist und bei Bauerngütern aller Art angetroffen wird,

Eichhorns d. Privatrecht. 3te Aufl. §. 262.
Vogelsang Grundbesitz §. 69. S. 104.,

was bekanntlich beim Heimfallsrecht, das immer besonders bewiesen werden muß, nicht der Fall ist. Dann steht auch durch das mehrfach wiederholte Geständniß der Klägerin in diesem Prozesse fest, daß die Stätte blos zinspflichtig und nicht eigenbehörig ist. Bei dergleichen Gütern hat aber nie ein Heimfallsrecht statt gehabt, und ist nie von einer besondern Erbfolge die Rede gewesen.

6) Beim Hofhörigkeits-Verhältniß kann nach seiner innersten Natur kein Heimfallsrecht statt finden. Die Güter sind hier ursprünglich nicht vom Hofsherrn verliehen, dieser hat bei Ertheilung der Behandigungsbriefe

nur die Rechte des Hofes ausgeübt, und es kann daher auch nicht das Gut an ihn zurückgehen (droit de retour), und es wurden mithin solche ohne Besitzer gewordene Hofsgüter auch nur aus der Hofsgemeinde wieder besetzt. Veräußerungen, nur nicht Versplitterungen, fanden unbedingt statt, so daß also die Güter ohne Einwilligung des Hofsherrn an andere Familien kommen konnten, die sich von selbst hörig machen konnten.[29]) Der Fall, daß keine zur Auflassung auf das Hofgut geeignete Person vorhanden, konnte daher wenigstens in der späteren Zeit, wo, wie gesagt, Veräußerungen, sowie Subhastationen in Concursen allgemein statt fanden, und die Hörigkeit nur eine nachzuholende Formalität geworden war, nicht statt finden, somit auch kein droit de retour. Das Geh. Ober-Tribunal hat zwar in seinen mehrsten Erkenntnissen die Abgaben der Hofhörigen für aus Verleihung von Grund und Boden herrührende erklärt, weil es den Beweis aus einer Gesammt-Anschauung der Hofsverhältnisse[30]) nicht

---

[29]) S. über diese Veräußerungen Sethe im Bericht der Münsterschen Regierung vom 4. Januar 1805 §. 17. lit. b. Sommer, Handbuch über die älteren u. neueren bäuerlichen Rechts-Verhältnisse in den ehemals Großherzogl. Bergischen, Königlich Westphälischen und Französisch-Hanseatisch Preußischen Provinzen in Rheinland-Westphalen, Th. I. Bd. 1. S. 349 ff., auch S. 410—412. Bd. 2. S. 279. 280. Schlüter, S. 29. 30. Lodtmann, Acta Osnabrugensia Th. I. S. 130—136. Klöntrup alphab. Handbuch der Rechte und Gewohnh. d. Hochst. Osnabrück Bd. II. voce Hausgenossen §. 33. S. 149.

[30]) S. Sommer S. 418 ff.

Digitized by Google

zuließ, sondern bei jedem einzelnen Hofe den unmöglichen Beweis, daß grade hier die Abgaben nicht aus solcher Verleihung entstanden, erforderte. Inwiefern dies der Intention der Gesetze vom 21. April 1825 gemäß, ob diese etwa den Beweis durch Induction, bei deutschprivatrechtlichen Verhältnissen gewöhnlich die Haupt-Erkenntnißquelle, aufgehoben, ist hier nicht zu erörtern, so viel ist aber gewiß, daß beim Heimfallsrecht die Sache sich anders stellt. Rücksichtlich der Abgaben stand den Hofhörigen die Rechtsvermuthung für das Fortbestehen dinglicher Abgaben,[31]) die Beweislast entgegen. Beim Heimfallsrecht liegt dagegen dem Berechtigten die Beweislast ob, und die bloße ursprüngliche Verleihung begründet darum noch kein Heimfallsrecht. Es ist also im einzelnen Falle vom Berechtigten zu erweisen, daß bei dem fraglichen Hofe nach dem den Dekreten von 1808, 9 und 11 vorhergehenden Rechtszustande das Heimfallsrecht statt gefunden, die Succession auf bestimmte geeignete Personen beschränkt gewesen, bei deren Abwesenheit dann das Heimfallsrecht eingetreten. Wo aber die Ernennung nichtverwandter Nachfolger durch letzten Willen, Veräußerungen an Fremde, rechtlich statt gefunden, kann jener Beweis nicht erbracht werden. Irrig erklärt Schlüter[32]) die Veräußerlichkeit für unerheblich, weil auch Erbzinsgüter veräußerlich seyen, und bei diesen dennoch nach §. 809. der Heimfall statt finde, denn letzteres ist eben

---

[31]) I. Gesetz vom 21. April 1825 §. 44. 56. 61. II. Gesetz §. 48. III. Gesetz §. 46.

[32]) siehe Note 17.

Digitized by Google

unrichtig, sieh oben N. 2. S. 119. Nach Schlüter[33]) haben das Ober-Landes-Gericht zu Münster und das Ober-Tribunal beim Hofe zu Loen das Heimfallsrecht in Sachen der Fürstl. Solmschen Rentkammer zu Bochold gegen den Zeller Mastick zu Ramstorff anerkannt. Dies kann auf andere Höfe nicht ausgedehnt werden. Und in Sachen des Herzogs von Croy wider den Schulzen Verning zu Dülmen hat das Geheime Ober-Tribunal später das Gegentheil erkannt,[34]) und es ist wohl unerheblich, daß, worauf Schlüter Gewicht legt, der Schulten Hof ein Tegethof war, da die Tegeder ständige Hofschöffen waren,[35]) der Titel ihres Gutsbesitzes aber von dem der übrigen Hofhörigen nicht verschieden war. Ueberhaupt aber würde für die einzelnen Höfe der Heimfall als hergebracht nachgewiesen werden müssen, und danach die Sache sich verschieden gestalten können. Im Allgemeinen kann aber die Vermuthung nicht dafür streiten.[36])

Da übrigens auch die, aus dem Hofsverbande entsprungenen, Behandigungsgüter außerhalb der Familie ohne Consens des Behandigungsherrn, wenn gleich mit Beibehaltung der Behandigungs-Qualität, veräußert wer-

---

[33]) S. 32. Provinzial-Recht von Tecklenburg und Lingen, Vorrede S. VI. VII.

[34]) Schlüter Provinzial-Recht von Recklinghausen, Nachträge S. XV. XVI.

[35]) Sommer S. 284. 285.

[36]) Und in so weit wenigstens halte ich meine Meinung gegen Schlüter Provinzial-Recht von Recklinghausen S. 35. fest.

den konnten,[37]) so ist auch hier kein Heimfallsrecht denkbar.

Unser billiges Finanz-Ministerium hat erklärt, auf den Heimfall bei hofbehörigen Gütern keinen Anspruch zu machen, nachdem dieser in der einen Sache zu- und in einer andern aberkannt war.

10.

(Wirkungen des Heimfallsrechts bei getheiltem Eigenthum.)

Rücksichtlich der durch den Heimfall vermittelten Rechte des Gutsherrn unterscheidet die Gesetzgebung den Fall, wo der Bauer nur noch getheiltes, und den, wo er volles Eigenthum erlangt hat. Im erstern Falle, dem des ehemaligen Königreichs Westphalen, so lange die Abgaben nicht ganz abgelöst oder in Geldabgaben verwandelt sind, kann 1) der Obereigenthümer die Einwilligung zur Veräußerung des nutzbaren Eigenthums willkührlich verweigern, so lange ein noch nicht abgelöstes Heimfallsrecht auf dem Gute haftet.[38]) Und wenn es gleich 2) zu Verpfändungen der Einwilligung des Obereigenthümers nicht bedarf, so muß doch das Gericht bei Subhastationen vor dem Zuschlage seine Einwilligung in die Annahme des neuen Erwerbers erfordern, und er kann diese aus demselben Grunde, wie nach §. 24. bei der freiwilligen Veräußerung, willkührlich versagen.[39])

---

[37]) Rive, über das Bauerngüterwesen in der Grafschaft Mark ꝛc. S. 107. 108. 109. 110. Bericht des Geheimen Ober-Tribunals in v. Hymmens Beiträgen zur juristischen Literatur 3te Sammlung, S. 387.

[38]) J. Gesetz v. 21. April 1825. §. 24.

[39]) Daselbst §. 30.

Digitized by Google

3) Dagegen ist das Gesetz ganz dunkel rücksichtlich der Frage, ob, wenn der Obereigenthümer in solchen Fällen seine Einwilligung versagt, selber auch befugt sey, die einstweilige Gelangung des Guts an einen übrigens nach §. 24. lit. a und c fähigen Erwerber schon vor dem Eintreten des Heimfalls zu verhindern. Bei der nothwendigen Veräußerung (§. 30.) ist gar nicht davon die Rede, und rücksichtlich der freiwilligen folgt auf den §. 24. freilich der §. 25.:

„Ist die Veräußerung ohne Einwilligung des Obereigenthümers geschehen, so kann letzterer zu allen Zeiten darauf antragen, daß der neue unfähige Besitzer wiederum entsetzt, und das Gut an einem andern, der selbigem gehörig vorstehen kann, gebracht werde."

Allein dieser §. paßt gar nicht auf den Fall, wo der neue Erwerber fähig ist, der Stelle vorzustehen, auch bäuerlichen Standes ist. Dies Geheimniß erklärt sich übrigens durch den Umstand, daß der §. 24. in den früheren Entwürfen der Ministerial-Commission, identisch mit §. 701. A. L. R. I. 18., so lautete: „Der Obereigenthümer kann die Einwilligung nur alsdann versagen, wenn der neue Besitzer unfähig ist, dem Gute durch sich selbst oder durch Andere gehörig vorzustehen, und die darauf haftenden Lasten zu entrichten." Dieser §. hat nun bei der endlichen Redaktion die Zusätze wegen des Heimfallsrechts und des erforderlichen bäuerlichen Standes erhalten, der nur auf die frühere Redaction passende §. 25. ist aber in allen Redactionen derselben geblieben. Man kann daher nur annehmen, daß der Obereigenthümer aus dem Grunde des Heimfallsrechts der Veräußerung

Digitized by Google

mit der Wirkung widersprechen kann, daß seine Rechte bei dereinstigem Eintreten des Heimfallsrechts ungekränkt bleiben, der Erwerbende also dieserhalb keine größeren Rechte, als der frühere Eigenthümer hatte, erlangt. Dagegen wird eine Einwilligung in die Veräußerung, wenn dabei das Heimfallsrecht nicht vorbehalten, ein Erlöschen desselben zur Folge haben, wie sich nach einer Vergleichung der §§. 23. 24. nicht bezweifeln läßt.

4) Tritt der Heimfall ein, so ist

a) nach §. 31. der Obereigenthümer die auf dem Gute haftenden Schulden nur insoweit anzuerkennen und zu übernehmen verbunden, als Dasjenige, was er alsdann an gezahltem Angelde und zu vergütenden Meliorationen [40]) herausgeben müßte, zu deren Abstoßung hinreicht,

b) wogegen er nach §. 32. (gleich mit §. 709. A. L. R. I. 18.) mehrere oder andere Schulden, ingleichen andere Lasten, mit welchen der nutzbare Eigenthümer das Gut belegt hat, überhaupt nur insoweit anzuerkennen verbunden ist, als er darin ausdrücklich gewilligt hat.

Die Frage über den Vorrang beider Ansprüche, die Frage nämlich, ob der Gutsherr die konsentirten Schulden nicht zuvorderst aus dem Angelde und Meliorationen tilgen könne, ist nicht entschieden.

---

[40]) siehe Allg. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 708. 791.

11.

(Wirkungen des Heimfallsrechts bei vollem Eigenthum des Bauern.)

Für den zweiten Fall, wo der Colon das volle Eigenthum erworben, enthalten die Gesetze II. und III. keine nähere Bestimmungen über die Ausübung des Heimfallsrechts. Es sind dadurch Mißverständnisse entstanden. Da der §. 15. den Bauern das volle Eigenthum gibt, da der §. 19. dem Berechtigten rücksichtlich der ihm noch zuständigen Geld- und Natural-Abgaben, keine andern Rechte, als die eines Realgläubigers, beilegt, da der §. 24. II. Gesetz und §. 23. I Gesetz vorzüglich die Beibehaltung der alten Vererbungs-Grundsätze als Gesichtspunkt des Gesetzgebers heraushebt, so hat man das Heimfallsrecht auf mannichfache Weise beschränken zu dürfen geglaubt. So behauptet Vogelsang,[41]) daß das Heimfallsrecht, so weit es als ein Ausfluß der früheren Eigenbehörigkeit zu betrachten, durch den § 4. der drei Gesetze vom 21. April 1825 aufgehoben, daß die Befugniß des zum vollen Eigenthümer gewordenen Eigenbehörigen, zu veräußern und von Todeswegen zu verfügen, mit dem Heimfallsrechte nicht vereinbar, daß dies Recht nur da denkbar, wo der bäuerliche Besitzer weder bei Lebzeiten das Gut abgetreten, noch von Todeswegen darüber verfügt, und Niemand mehr vorhanden, der in Beziehung auf den Gutsherrn nach den älteren Gesetzen

[41]) in dem gut geschriebenen Buche: Der Grundbesitz mit Ausschluß des Lehns, oder das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß nach gegenwärtigem Rechte im vormaligen Fürstenthum Minden und dessen Umgegend. 1832. S. 116 f.

Digitized by Google

noch ein Erbrecht zum Gute habe, daß es nur eine Reallast des Gutes sey. Vogelsang behauptet dies auch beim Heimfallsrechte des vorigen §.

Diese Ansichten sind nicht richtig. Das volle Eigenthum ist nur der Vermuthung nach unbeschränkt,[42]) kann also allerdings beschränkt seyn und ist es hier. Da das Gesetz das Heimfallsrecht für fortwährend erklärt, so kann es dasselbe nicht zugleich als Ausfluß der Leibeigenschaft aufgehoben haben. Bei der gesetzlichen Anerkennung dieses Rechts ergiebt sich rücksichtlich der Veräußerungen und Verabfällungen der Rechtssatz: resoluto jure constituentis resolvitur jus accipientis, von selbst. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber ein Recht als fortwährend anerkannt habe, ohne es als Recht zu schützen. Hiernach sind diese Fragen im Jahre 1830 vom Geheimen Ober-Tribunal im Erkenntniß in der Sache Graf von Korff-Schmising gegen Topp und Kisker entschieden. Siehe die Beilage 2.

12.

(Wirkungen der Veränderung der Gesetzgebung über das Heimfallsrecht.)

Höchst wichtig ist die Frage, welche Wirkungen die Veränderung der Gesetzgebung über das Heimfallsrecht äußere. Diese Veränderungen haben sich nämlich begeben 1) im Großherzogthum Berg rücksichtlich der durch das Dekret vom 12. December 1808 betroffenen eigenbehörigen Colonate. Sofern hier die Mehrpacht

---

[42]) Allg. L. R. I. 8. 23.

wirklich bezahlt worden, entscheidet der §. 76. der Ablösungs-Ordnung, wonach unter dieser Voraussetzung das Heimfallsrecht für immer abgelöst ist, selbstredend unter der Verpflichtung fortwährender Entrichtung der Mehrpacht. Man kann es hier auch nicht als für die Zeit zwischen den beiden Gesetzen vom 25. September 1820 bis 13. Juli 1829 wieder hergestellt betrachten, da der §. 76. der Ablöse-Ordnung offenbar als eine rückwirkende authentische Interpretation [43]) als Anerkennung einer aus dem Dekrete vom 12. December 1808 begründeten Ausnahme vom §. 52. des Gesetzes vom 25. September 1820 betrachtet werden muß. Ist aber die Mehrpacht nicht wirklich bezahlt worden, so ist nach der Satzung des Dekrets vom 12. December 1808 nichts desto weniger der Heimfall abgelöst, da die Entschädigung dort sehr genau bestimmt und nirgends durch wirkliche Zahlung bedingt ist. Das hieraus erworbene Recht haben beide Theile also erst mit der Publikation des Gesetzes vom 25. September 1820 verloren. Für die, welche in der Zwischenzeit Rechte auf das Colonat erlangt haben, entscheiden die gleich bei der Französisch-Hanseatischen Gesetzgebung zu gebenden Erörterungen.

2) Nach der Französisch-Hanseatischen Gesetzgebung ist der Heimfall unbestritten bis zur Publication des III. Gesetzes vom 21. April 1825 aufgehoben gewesen. Für die in der Zwischenzeit begründeten Rechtsverhältnisse entscheidet nun der im §. 23. angeführte §. 91.:

„Soweit Gegenstände dieses Gesetzes durch Vergleich-

---

[43]) Allg. L. R. Einleitung §. 15.

Digitized by Google

Judikat, oder sonst rechtsgültig festgesetzt sind, behält es dabei insofern sein Bewenden, als dadurch nicht solche Gerechtsame, die nach dem gegenwärtigen Gesetz ohne Entschädigung abgeschafft sind, unverwandelt aufrecht erhalten werden sollen."

Es ist hier ein Prinzip ausgesprochen, was uns bei Beantwortung der Frage sicher leiten wird, von welcher Zeit an dieses wiederhergestellte Heimfallsrecht datire, ob es so wieder hergestellt sey, als ob es nie erloschen gewesen, oder ob es vom Tage des neuen Gesetzes an ganz von neuem beginne. Schepers[44]) entscheidet sich für die zweite Alternative, wir glauben eine andere Meinung aufstellen zu dürfen. Es ist allerdings Absicht des Gesetzgebers, an und für sich das Heimfallsrecht von demselben Tage an, von wo ab die Bauern das Eigenthum der Güter erlangt haben, als eine fortwährende Beschränkung dieses Eigenthums beizubehalten. Der Zusammenhang des Gesetzes, sowie die Worte des § 23. des III. Gesetzes: "Das Heimfallsrecht dauert in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort," lassen hieran nicht wohl zweifeln. Es soll nicht neu entstehen, sondern fernerhin fortdauern. Das persönliche Verhältniß, in dem die Familie des Bauern zum Gutsherrn, und dieser zu jenem, eben durch das Heimfallsrecht, durch die darin liegende Bedingtheit des Rechts am Gute für die Dauer des Geschlechts, stand, soll als nicht erloschen

---

44) S. 720 ff. des Jahrgangs 1834 dieses N. Archivs.

Digitized by Google

angesehen werden.[45]) Es liegt in der eigenthümlichen Geschichte dieser bäuerlichen Gesetzgebung, daß die Preußischen Gesetze als meist Ueberarbeitungen der fremden in der Regel auf deren Anfangspunkt zurückdatiren. Anfänglich vor Erlassung des Gesetzes vom 25. September 1820 wollte man auch wirklich blos Interpretationen der fremden Gesetze ediren, die Sectionen des Staatsraths erklärten sich aber dagegen, weil man auf solche Weise jene zum Theil sehr schlecht redigirten Gesetze in unsere Gesetzgebung aufnehmen, dort verewigen würde.

Ist also noch dieselbe Familie auf dem Gute, so ist das Heimfallsrecht immer bestehen geblieben. Dies gilt auch, wenn Kinder oder Verwandten kraft Erbrechts oder ein Gatte durch die Gütergemeinschaft zum Besitze gelangt. Da er durch die Gütergemeinschaft rechtlich Eins mit dem anderen Gatten ist, da diese Succession grade noch das Gut in der Hand der durch die alte Erbfolge Berufenen erhalten hat, so kann ein solcher

---

[45]) Wenn es in dem Ministerial-Rescripte vom 28. August 1834 (Jahrbücher Band 44. S. 72.) heißt, daß die Declaratoria vom 24. November 1833 bis zur Publication der Gesetze vom 21. April 1825 und nicht weiter zurückdatire, weil die in Rede stehende gesetzliche Bestimmung, über deren Auslegung Zweifel entstanden, erst in dem Gesetze vom 21. April 1825, nicht in einem früheren enthalten, so bezieht sich das nur auf das in jener Declaratoria und Ministerial-Rescript berührte Rechts-Verhältniß der Erben unter sich. Im Wesen des hergebrachten Heimfalls liegt es aber, daß er als ununterbrochen auf derselben Familie haftend, mit Vorbehalt der vor der Herstellung schon erworbenen Rechte, zu betrachten.

Digitized by Google

Gatte schwerlich als ein acquirens ex jure novo betrachtet worden. Eine Ablöse-Summe braucht sonach auch nicht nachgezahlt zu werden.

Sind dagegen aber Veräußerungen an Dritte geschehen, so sind diese nach damaligen Gesetzen unbeschränkte Eigenthümer geworden. Sie sind Eigenthümer geworden unter einer Gesetzgebung, welche den Heimfall für aufgehoben erklärt hatte, denselben gar nicht mehr kannte. Sie haben ihr Eigenthum nicht blos für die Dauer der Familie des Veräußernden, wie man jetzt bei Veräußerungen, die während des Bestehens des Heimfallsrechts geschehen, annehmen muß, sondern für immer erworben. Das auf sie übergegangene volle Eigenthum ist zugleich ein unumschränktes gewesen, wofür der §. 23. A. L. R. I. 8. und §. 14. I. 19. überhaupt vermuthen. Der Gegenstand des Gesetzes vom 21. April 1825, das be- oder unbeschränkte Eigenthum am Gute und dessen Einschränkungen, ist also bereits vor Publikation dieses Gesetzes festgesetzt gewesen, es hat somit nach §. 91., sowie überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen, dabei sein Bewenden, das neue Gesetz wirkt nicht darauf ein. Nur dann, wenn dem A. eine Sache, auf welche dem B. vom C. Rechte eingeräumt waren, zufällt, und A. schon vor Einräumung jener Rechte einen gegründeten Anspruch auf die Sache hatte, erlöschen die Rechte des B. oder unterliegen einer Beschränkung [46]), ein Fall, der hier nicht vorliegt, da unbestritten zur Zeit jener Veräußerung der ehemalige Gutsherr keinen Eigenthums-

[46]) A. L. R. I. 19. § 33.

Digitized by Google

oder Heimfalls-Anspruch mehr hatte. Es war hier ein unbezweifelter Rechtszustand begründet, den die Cabinets-Ordre vom 21. April 1825 aufrecht erhält.

Der neue Erwerber ist also dem Heimfallsrechte nicht, sondern nur der auf ihn übergegangenen Reallast, der Ablösungs-Summe unterworfen. Weder hangen seine Rechte davon ab, ob die alte Familie am Leben bleibt, noch sind seiner Erben oder sonstigen Nachfolger Rechte dadurch bedingt, daß seine Familie bestehen bleibt. Er kann über das Gut wie über ein unbeschränkt besessenes Alod verfügen, selbstredend Versplitterungen während des Bestehens der gutsherrlichen Abgaben ausgenommen. Nirgend ist geboten, die Fiction anzunehmen, als habe der Gutsherr dem neuen Erwerber das Colonat als ein heimgefallenes verliehen, und stehe ihm daher nun gegen die Familie des neuen Erwerbers ein Heimfallsrecht zu. Daraus würde z. B. folgen, daß der neue Erwerber den Kaufschilling nicht zu zahlen brauche, daß er Gewährleistung verlangen könne, ja wohl gar, daß die Familie des alten Colons eintreten könne, weil das gutsherrliche Verleihungsrecht erst dann anfängt, wenn keine berechtigte Familienglieder mehr vorhanden. Neue Colonat-Verleihungen, Constituirung neuer Heimfallsrechte sind geradezu undenkbar, weil sie dem den Colonat-Nexus aufhebenden Gesetze in seinem innersten Wesen widersprechen, sie können also auch nicht fingirt werden. Solche Fictionen würden, wie Schepers auch wirklich behauptet, die Folge haben, daß die Seitenverwandten des neuen Besitzers, da sie nicht, was nach den alten Gesetzen zur Hofserbfolge allerdings erforderlich,

vom Hofe stammen, das Eintreten des Heimfalls nicht ausschließen können, der Gutsherr würde also, wenn ein Kinderloser den Hof erworben, sehr bald denselben erlangen, wenn gleich noch successionsfähige Verwandte des früheren Besitzers vorhanden. Dergleichen Folgen kann man aber natürlich nicht zugeben, sie würden nicht aus dem nach dem neuen Gesetze fortdauernden Heimfallsrechte, sondern aus einem neu entstandenen, wovon das Gesetz aber nichts weiß, abzuleiten seyn. Schepers macht die Einwendung, aus der Annahme der ersten Alternative, Herstellung des Heimfalls, als ob er nie erloschen gewesen, würde streng genommen folgen, daß, wenn während der Periode der fremden Gesetze die berechtigte Familie erloschen, also nach den alten Gesetzen der Heimfall eingetreten seyn würde, dieser gegenwärtig geltend gemacht werden könne. Allein bei dieser Unterstellung trifft das neue Gesetz ja die Familie, auf deren Besitzrechte der Heimfall vor Promulgation der fremden Gesetze lastete, nicht mehr an, es ist das Objekt des Gesetzes, ein möglicher Weise noch bestehender Heimfall in der noch bestehenden Familie, nicht vorhanden. Die Testaments- oder Intestat-Erben, welche zur Hofsfolge nach den alten Gesetzen nicht berechtigt gewesen wären, haben hier durch Eintreten des Todesfalls zu einer Zeit, wo das Heimfallsrecht noch nicht hergestellt war, eben so, wie ein neuer Erwerber, ein Jus quaesitum erlangt, was ihnen das neue Gesetz nicht nehmen kann. Sie verschulden nur die als Reallast auf sie übergegangene Ablösungssumme.

Rücksichtlich der Ablösungssumme für diese Fälle,

Digitized by Google

wo das Heimfallsrecht in Folge des §. 91. nicht herzustellen möglich, enthält das Gesetz nun keine Bestimmung, da nur Bestimmungen über Provocation auf Ablösung eines noch bestehenden Heimfallsrechts vorhanden. Es erheben sich hier drei Fragen: 1) Muß auch in einem solchen Falle sich der Gutsherr mit 2 Prozent des Reinertrags von einer jetzt vorzunehmenden Ausmittelung an begnügen? 2) Oder kann er die Ablösungssumme des Hanseatischen Dekrets von dessen Publikation ab verlangen? 3) Oder kann er den jetzigen Satz zu 2 Prozent von Publikation der Hanseatischen Gesetze ab verlangen? Alle diese Fragen scheinen vor eine neue Gesetzgebung zu gehören, und die dritte Alternative die angemessenste zu seyn.

Aus den obigen Annahmen folgt nun auch unwidersprechlich, daß der Gutsherr beim Eintreten des Heimfalls die bis zum Gesetz vom 21. April 1825 gültig [47]) bestellten Hypotheken und Lasten anerkennen muß, ohne Rücksicht, ob er darin gewilligt. Die Hypothekengläubiger ꝛc. erwarben durch die Constituirung unter dem Schutze der damaligen Gesetzgebung ein Recht, was ihnen die neue nach der Natur der Sache und nach §. 91. des III Gesetzes, sowie §. 33. A. L. R. I. 19. nicht entziehen kann. Konnte der Besitzer gültig veräußern, so konnte er sicher *um so mehr* das Geringere. Man kann

---

[47]) also nicht gültig, wenn der Colon nach §. 16. des Gesetzes vom 25. September 1820 nur das nutzbare Eigenthum hatte und nun noch Hypotheken ꝛc. seit diesem Gesetze bestellte.

hiegegen auch nicht die §§. 31. und 32. des 1. Gesetzes vom 21. April 1825 anführen, denn da handelt es sich von einem faktisch und rechtlich immer bestehen gebliebenen Heimfallsrechte, wogegen es hier gesetzlich aufgehoben war. Was sich dort von selbst verstand, davon versteht sich hier grade das Gegentheil von selbst. Es wird also auch die Subhastation zum Vortheil der Hypothekar-Gläubiger mit voller Rechtswirkung geschehen können, und dabei nur dann das Heimfallsrecht vorbehalten werden dürfen, wenn auch unter diesem Vorbehalte eine die Hypothek deckende Kaufsumme erzielt werden kann. Von der Constituirung eines neuen Heimfallsrechts in der Familie des Käufers kann natürlich nicht die Rede seyn. Der etwaige Ueberschuß wird übrigens gewissermaaßen als Lehnsstamm zur Sicherung des Heimfallberechtigten zu belegen seyn.

Diese Grundsätze über die Rechte Dritter sind auch in den Gründen des im vorigen §. 2. als Beilage 2. angeführten Ober-Tribunals-Erkenntnisses im Wesentlichen anerkannt, wie sich aus einer aufmerksamen Vergleichung desselben bald ergiebt.

Fragen dürfte es sich hier noch, ob auch die Zinsen solcher Kapitalien, die der Gutsherr nun, obgleich sie ohne seinen Consens bis zum Gesetze vom 21. April 1825 und resp. 25. September 1820, bei den mit Naturallasten behafteten Gütern nämlich, entstanden sind, anerkennen muß, vom Reinertrage des Guts bei Berechnung des Heimfalls abgezogen werden müssen. Wir glauben das allerdings eben darum, weil der Gutsherr die Kapitalien beim Eintreten des Heimfalls anerkennen

Digitized by Google

muß, somit der Grund des §. 75. der Ablösungs-Ordnung „insoweit diese vom Gutsherrn anerkannt werden müssen," mithin auch die dadurch gerechtfertigte extensive Interpretation des §. 75. eintritt. Denn daß der §. 75. nur den Fall, wo der Heimfall ununterbrochen fortbestanden, voraussetzt, spricht von selbst. Muß der Gutsherr beim dereinstigen Heimfall jene Kapitalien anerkennen, so ist sein Recht auch soviel weniger werth, und es kommt daher immerhin der Grund des §. 75. zur Anwendung.

Was nun die eigenbehörigen Colonate des ehemaligen Großherzogthums Berg betrifft, deren Heimfall nach dem Dekrete vom 12. December 1808 schon in eine Entschädigung verwandelt war, so gilt hier überall das oben Bemerkte für den Zeitpunkt bis zum Gesetze vom 25. September 1820, da der §. 67. des Gesetzes vom 25. Septbr. 1820 alle frühere rechtsgültige Festsetzungen aufrecht erhält. Nur kann hier von einer Nachzahlung der Ablösungssumme nicht die Rede seyn, weil der Weinkauf nach dem Gesetze vom 25. September 1820 §. 21. hergestellt, und der Sterbfall nach §. 9. des Gesetzes und §. 10. des II. Gesetzes vom 21. April 1825 theils ohne Entschädigung aufgehoben, theils hergestellt ist, Sterbfall und Weinkauf allein aber nach Art. 8. des Dekrets vom 12. Dezember 1808 die Elemente der dort bestimmten Mehrpacht waren, die Nachzahlung der fällig gewordenen zufälligen Rechte auch im §. 65. lit. d. des Gesetzes vom 25. Septbr. 1825 gesichert war.

Digitized

Cap. III.

Einfluß des Heimfallsrechts auf die bäuerliche Erbfolge.

13.

(Succession der aus der Hörigkeit getretenen Kinder.)

Die §§. 37. des I. §. 24. des II. und §. 23. des III. Gesetzes vom 21. April 1825 enthalten die Bestimmung:

„So lange ein solches Heimfallsrecht unabgelöset bestehet, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden."

Das Atcrescenzrecht des römischen Rechts nannte man gewöhnlich eine Crux Jureconsultorum, noch weit größere Schwierigkeiten hat aber jene Stelle der Interpretation dargeboten. Man hat sie zuerst fast allgemein nur vom Verhältniß des Gutsbesitzers zum Heimfallsberechtigten verstanden, man hat darin blos den Satz gefunden, daß das Heimfallsrecht nicht dadurch vereitelt werden solle, daß der Hof an Andere, als welche nach den früheren Grundsätzen den Heimfall ausgeschlossen haben würden, komme. In dieser Beziehung ist denn die Frage besonders wichtig, ob bei eigenbehörigen Gütern die von der Stätte abgeheiratheten Kinder auch jetzt noch zur Folge im Gut unberechtigt sind. Diese Frage zerfällt in zwei andere, erstlich nämlich, ob dies rücksichtlich jener Kinder gelte, welche unter der Herrschaft der ältern

Gesetze schon verheirathet sind. Dies behauptet Vogelsang.[48]) Zum anderen fragt sich, ob nicht auch noch durch Verlassen der Stätte unter der neuen Gesetzgebung das Erbfolgerecht verloren gehe. Dies behauptet das Geheime Ober-Tribunal wenigstens rücksichtlich der Frage, ob ein unter der älteren Gesetzgebung (1800) begründetes Anerbenrecht durch eine Abheirathung unter der neueren Gesetzgebung (1818) verloren gehe.[49]) Beides ist inzwischen nach unserer Ueberzeugung unrichtig. Jene Successions-Bedingungen waren lediglich Ausfluß der Hörigkeit, der Leibeigenschaft; wer noch in der Leibeigenschaft war, konnte succediren, und war auch, wenn er nicht zur Succession kam, dem Sterbfall unterworfen; wer auf ein fremdes Colonat geheirathet hatte, der hatte sich dort erst hörig machen müssen, war dort auch wieder dem Sterbfall unterworfen, gehörte zur Familia (im alten Sinne) des dortigen Gutsherrn, und konnte nun nicht auch noch in die alte Hörigkeit zurück erben; er würde ja dann dem neuen Herrn seinem Sterbfall entzogen, oder dem alten nichts auf das Colonat gebracht haben, er würde die Vortheile der Hörigkeit auf dem alten Colonate noch genossen haben, ohne deren Nachtheilen unterworfen gewesen zu seyn. Alles das konnte nicht gehen, die Colonate standen sich wie geschlossene Territorien gegenüber. Indem nun aber die Gesetze beharrlich die Leibeigenschaft mit allen ihren Ausflüssen aufgehoben haben, können sie nicht zugleich das Erbrecht

---

48) S. 39.

49) Jahrgang 1834 dieses Archivs S. 230. 231.

Digitized by Google

an eine Hörigkeit, welche allgemein nicht mehr seyn kann, knüpfen, der Heimfalls-Paragraph kann nicht die Hörigkeit wieder eingeführt haben, und ist die Hörigkeit nicht wieder eingeführt, so würden ja selbst die auf dem Hofe Gebliebenen nicht mehr succeſſionsfähig seyn, weil sie nicht mehr hörig sind, der Heimfall also überall gleich eingetreten seyn! Die früher Leibeigenen sind freie Staatsbürger geworden, es hat sich Niemand darum zu kümmern, ob sie auf dem Gute geblieben oder nicht, selbst der Besitzer, der Anerbe, kann es unbedenklich von einem andern Hofe aus, selbst oder durch Andere, bewirthschaften, es ist Niemand da, dem er darüber Rechenschaft zu geben brauchte.[50]) Was die unter dem alten Rechte vom Hofe gegangenen Kinder betrifft, so verlangen diese ja nicht ein Wiedereintreten in die durch den Abgang verwirkte Hörigkeit, und dadurch allein mögliche Succeſſion in ein eigenbehöriges Colonat, sondern es ist überhaupt ein neues Object der Erbfolge vorhanden. Statt des früheren Leibeigenthums-Besitzes ist jetzt ein Eigenthum der Familie vorhanden, und hierin succedirt die

---

[50]) Auch aus dem legislativen Gesichtspunkte ist hier nicht die Aenderung zu wünschen, welche Schepers S. 738. des N. Archivs von 1834 erwähnt. Mit solchen Vorkaufsrechten heilt man die Leiden des Landmanns nicht, verwickelt nur noch mehr die Credit-Verhältnisse, die doch so zart behandelt werden müssen. Um eines im Ganzen untergeordneten, weil selten eintretenden, Interesses willen würde man alle Landbesitzer bevormunden und creditlos machen.

Digitized by Google

Familie. Dies ist nun vollends da klar, wo auch das Heimfallsrecht schon aufgehoben und erst durch die Gesetze vom 25. September 1820 und 21. April 1825 wieder eingeführt worden. Dieser Zwischenraum kann jetzt nicht durch ein fingirtes fortdauerndes Erforderniß einer Hörigkeit ausgefüllt werden. Wir stimmen also ganz der Ansicht Schepers [51]) bei.

Man möchte hiegegen erwiedern, daß bei dieser Interpretation kein Object mehr für die Anwendung jenes Heimfalls-Paragraphen bleiben, daß vielmehr das dem Heimfall unterworfene Colonat nach ganz andern Grundsätzen, als den früheren, vererbt werden würde, wenn die gedachte Interpretation richtig wäre. Allein es bleibt ja doch immerhin der Grundsatz stehen, daß das Colonat nur auf die Familie des früheren Eigenbehörigen, nur auf die Descendenten der früheren Colonat-Besitzer erbt. So würden z. B die Collateral-Verwandten der nicht vom Hofe stammenden Mutter von der Hofsfolge ausgeschlossen seyn, obgleich sie in der gemeinen Erbfolge erben. (s. jedoch S. 160.) Ueberhaupt aber kann man durch eine solche fugitive, erst bei den letzten Berathungen in das Gesetz nachgetragene, Stelle nicht die wesentlichsten Grundsätze des Gesetzes auf einmal aufheben, man kann ihr nur diejenige Wirkung geben, die sie neben den Haupt-Grundsätzen haben kann. Der Gesetzgeber kann nur eine vernünftige Einheit, nicht ein sich selbst in Widersprüchen vernichtendes Gesetz gewollt haben.

---

[51]) Jahrgang 1834 S. 723. 724.

Digitized by Google

14.

(Successions-Ordnung. Rescript des Ober-Landes-Gerichts zu Münster vom 17. März 1827. Cabinets-Ordre vom 24. November 1833. Ministerial-Rescript vom 20. August 1834.)

Jedenfalls bleibt aber noch ein anderes Object für jenen §. übrig, nämlich das Verhältniß der Erben unter sich, und diese Richtung des gedachten §. ist endlich eine ganz entscheidende geworden.

Kurz vor Erlassung der Gesetze vom 21. April 1825 begab sich ein bedeutender Umschwung in den Ansichten des Gouvernements über die Untheilbarkeit der Bauerngüter. Im zweiten Entwurfe der damals gleich mit zu erlassen beabsichtigten Ablösungs-Ordnung waren mehrere Fälle aufgeführt, in denen der Consens des Gutsherrn in die Parcellirung des mit Abgaben belasteten Guts von der General-Commission ergänzt werden konnte, wenn zuvorderst die zufälligen Abgaben, namentlich der Heimfall, in jährliche Renten verwandelt worden. Diese Ergänzung sollte Statt finden, wenn 1) das mit Naturallasten beschwerte Hauptgut nach der Veräußerung der von demselben zu trennenden Stücke noch in der Beschaffenheit bleibt, um jene Leistungen sicher zu gewähren, und der Erwerber des Trennstücks (der Parzelle) entweder eine dem pflichtigen Gute vorzubehaltende, dem Reinerntrage des abgezweigten Theilstückes gleichkommende, dem Gutsherrn zur Sicherheit haftende Rente übernehme, oder diese Rente sogleich mit Kapital ablöse, und solches für das Gut belegt werde; 2) wenn bei Gütern, so mit Fruchtleistungen belastet, der nach Abzug der eigenen Wirthschafts-Nothdurft übrig bleibende Naturalertrag des

verkleinerten Hauptguts noch das Doppelte jener Fruchtleistungen hervorzubringen vermöge; 3) wenn bei spanndienstpflichtigen Höfen die Abzweigung entweder gar keine Einschränkung des bisherigen Zugviehstandes zur Folge habe, oder letzterer doch mit Rücksicht auf das eigene Bedürfniß des pflichtigen Gutes bedeutend genug bleibe, um die schuldigen Dienste sicher zu gewähren; 4) wenn bei Gütern, welche mit jährlichen Geldleistungen beschwert sind, entweder a) der Verpflichtete so viel von diesen Leistungen mit Kapital ablöse, als der Reinertrag des abgezweigten Theils betrage, oder b) der Erwerber einen diesem Reinertrage gleich kommenden Theil der Abgabe von nicht unter 4 Thlrn., indem geringere gleich abgelöst werden müssen, übernehme, und sich dem Abgabeberechtigten dazu mit einer Zulage von 4 Procent verpflichte. Diese entworfenen Bestimmungen, gegen deren Zweckmäßigkeit im Interesse des Berechtigten sich wenig einwenden läßt, sind bei der endlichen Berathung verworfen. Es ist vielmehr nach dem Gesetze vom 21. April 1825 zu allen Zerstückelungen solcher Grundstücke, auf welchen noch eine bäuerliche Leistung haftet, die Einwilligung des Berechtigten nöthig, welche dieser in jedem Falle zu versagen befugt ist; ferner kann, wenn bei einer Vererbung das Gut an mehrere Erben fällt, der Gutsherr verlangen, daß dieselben Einen aus ihrer Mitte bestimmen, welcher das Gut ungetheilt zu übernehmen hat.[52]) Zugleich enthielt das Gesetz nun in einem an-

---

[52]) I. Gesetz v. 21. April 1825 §. 40. II. Gesetz §. 20. III. Gesetz §. 20.

Digitized by Google

dern §. jene Clausel wegen der Vererbungsgrundsätze bei noch unabgelösetem Heimfall.

Im Paderborner Departement kam es zuerst zur Frage, ob dieser Heimfalls-Paragraph auch auf die Successions-Ordnung unter mehreren Erben Einfluß habe. Das Ober-Landes-Gericht zu Halberstadt als Revisions-Colleg bemerkte hierüber in Sachen Kölling gegen Kölling[53]): „Dieser §. bezieht sich blos auf die ältern Successions-Rechte, nicht auch auf die ältere Successions-Ordnung, wie sich aus dem §. 40. I. Gesetz vom 21. April 1825 ganz klar ergiebt, da hiernach der Gutsherr in dem Falle, wenn ein Colonat an mehrere vererbt wird, die Befugniß hat, zu verlangen, daß dasselbe von einem der Miterben allein ungetheilt übernommen werde Hätte durch den §. 37. desselben Gesetzes die alte Successions-Ordnung beibehalten werden sollen, so könnte ein Colonat niemals an mehrere Erben vererbt werden, weil nach allen älteren Gesetzen immer nur einer der Erben zur Succession in dasselbe gelangen konnte, und es würde daher in diesem Falle der allegirten Disposition des §. 46. gar nicht bedurft haben. Man muß daher annehmen, daß durch den §. 37. die Succession im Colonate auf diejenigen Personen hat eingeschränkt werden sollen, welche nach älteren Gesetzen überhaupt ein Successions-Recht hatten, daß aber keineswegs auch die alte Successions-Ordnung hat beibehalten werden sollen.“ In Sachen Dedering gegen Dedering scheint

---

[53]) Simon und von Strampff Rechtssprüche Bd. 2. S. 421. 422.

Digitized by Google

das Geheime Ober-Tribunal am 14. September 1827 von denselben Ansichten ausgegegangen zu seyn.[54])

Im Münsterschen Ober-Landes-Gerichtsbezirke legten mehrere Vormundschafts-Gerichte den Heimfalls-Paragraphen so aus, daß, im Falle die Besitzer eines Colonats bei ihrem Absterben mehrere Kinder hinterlassen, das Colonat einem der Kinder allein, und unter andern da, wo, so lange die Eigenbehörigkeit bestand, der jüngste Sohn einen Vorzug bei der Succession hatte, diesem allein, da aber, wo dem ältesten ein solcher Vorzug zustand, diesem ältesten allein überlassen werden müßte, die übrigen Kinder aber weiter nichts als einen Brautschatz, so wie ein solcher ihnen zur Zeit der bestandenen Eigenbehörigkeit abgegeben werden mußte, fordern könnten. Das Pupillen-Collegium zu Münster nahm hiervon unterm 17. März 1827 Veranlassung, die Vormundschafts-Gerichte eines Andern zu belehren.[55]) Es wurde ihnen bemerkt: die Eigenbehörigkeit sey aufgehoben, und jeder bäuerliche Besitzer, welchem zur Zeit der erlassenen fremden Gesetze ein vererbliches Besitzrecht an einem Grundstücke zugestanden, habe daran das volle Eigenthum erworben; es könne daher von einer Succession nach Eigenbehörigkeitsrechten und dem dabei dem einen oder andern Kinde sonst zugestandenen Vorzuge keine Rede mehr seyn, es müßte vielmehr, wenn ein solcher Besitzer ab intestato versterbe, das ihm völlig eigenthümlich gehörige Colonat eben so nach den Regeln der gemeinen

---

[54]) Simon und v. Strampff Bd. 2. S. 424.

[55]) v. Kamptz Jahrbücher Bd. 29. S. 253 — 256.

Inteſtat-Succeſſion auf ſeine ſämmtlichen Kinder fallen, als, wenn ein ſonſtiger Staatsbürger verſterbe, ſein Vermögen ſeinen ſämmtlichen Kindern anfalle. Aus den §§. 7. 20. des II. und III. Geſetzes vom 21. April 1825 ergebe ſich dies auch, indem danach dem Gutsherrn das Recht abgeſprochen werde, unter mehreren Miterben den Annehmer einer bäuerlichen Stelle zu beſtimmen, und nur unter mehreren Erben einer das Gut ungetheilt übernehmen ſolle. Der Vorbehalt des Heimfalles ſey nur zum Vortheil des Gutsherrn geſchehen, er könne nur den Anfall des Colonats an Perſonen hindern, welche nach den früheren Grundſätzen zur Succeſſion darauf nicht berufen geweſen, unter mehreren Berufenen müſſe es aber bei dem gemeinrechtlichen ordo succedendi bewenden, und es könne dem Heimfallsrechte gar nicht nachtheilig ſeyn, wenn das Colonat an mehrere, ſämmtlich nach den vorherigen Grundſätzen mit einem Succeſſionsrechte verſehen geweſene, Kinder zu gleichen Theilen falle, und ſomit bei der Zuweiſung an eins der Kinder als gemeinſchaftliches Eigenthum ſämmtlicher Kinder angeſehen und behandelt werde, was den Gerichten daher aufgegeben ward. Uebrigens wurde den Betheiligten dabei überlaſſen, auf rechtliches Gehör und förmliche Entſcheidung anzutragen.

Die Weſtphäliſchen Provinzialſtände machten, als ſie auf dem dritten Landtage um ein Geſetz baten, wodurch die Erbfolge bäuerlicher Beſitzungen feſt beſtimmt, und deren abſolute Theilbarkeit gehindert werde, darauf aufmerkſam, daß die Dispoſition des Heimfalls-Paragraphen von den Gerichten lediglich auf die Rechtsverhältniſſe

zwischen den Gutsherrn und den Verpflichteten beschränkt würde, auch die Existenz des Heimfalls häufig sehr zweifelhaft sey, wodurch Prozesse veranlaßt werden, die den Wohlstand der Familien untergraben Sie baten daher um eine authentische Interpretation des §. 24. des II. und §. 23. des III. Gesetzes vom 21. April 1825, welche bis zur Publikation anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen jeden Zweifel über die Erbfolge der Bauerngüter beseitige.[56]) Dieser Declarations-Antrag veranlaßte eine nähere Berathung. Es fand sich, daß das Ober-Landesgericht zu Hamm von andern Ansichten, als die Ober-Gerichte zu Münster und Paderborn ausgegangen, dasselbe berichtete, daß die Grundsätze der dortigen statutarischen Gütergemeinschaft auch bei den Vererbungen der bäuerlichen Grundstücke Anwendung fänden, und daß hievon nur in sofern eine Ausnahme stattfinde, als noch ein Heimfallsrecht bestehe, indem alsdann zufolge §. 24. des II. Gesetzes vom 21. April 1825 nach den ältern Rechten succedirt werde. Zugleich ergab sich, daß das Geheime Ober-Tribunal zwar in früheren Zeiten den Heimfalls-Paragraphen auf das Verhältniß zum Gutsherrn bezogen, in neuerer Zeit aber mehrmals dahin erkannt hatte, daß auch die Rechte der Miterben unter einander nach den älteren Rechten zu bestimmen. Bei dieser Verschiedenheit der Ansichten der Gerichte ward daher eine Deklaration für zweckmäßig befunden. Die Verhandlungen des Staatsraths, welche die Gesetze vom

---

[56]) Der dritte Westphälische Landtag, Darstellung der Verhandlungen S. 25. 26.

Digitized by Google

21. April 1825 vorbereiteten, wurden nochmal eingesehen, und es ergab sich, daß bei der deßfallsigen Berathung angenommen war, mit dem Heimfallsrechte auch zugleich die alte, vor der fremdherrlichen Gesetzgebung statt gefundene, Erbfolge bei den dem Heimfall unterworfenen Gütern bis zu dessen Ablösung bestehen zu lassen. Zugleich hatte der Staatsrath anheim gestellt, anderweit eine nähere Erwägung zu veranlassen, in wiefern die ehemals bestandene Erbfolge bei den Bauerngütern allgemein wiederherzustellen sey, und des Königs Majestät waren hierauf eingegangen, indem Allerhöchstdieselben eine nähere Untersuchung der ältern Erbfolgerechte befahlen.[57])

Diesemnach erfolgte die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 24. November 1833.[58]) „Aus dem Berichte des Staats-Ministeriums vom 14. d. M. habe Ich die irrthümliche Auslegung ersehen, die von einigen Gerichten der in den Gesetzen über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse vom 21. April 1825 enthaltenen Bestimmung in Bezug auf die Vererbung der dem Heimfallsrechte noch unterworfenen Grundstücke gegeben wird. Wenn das Gesetz für die vormals Westphälischen Landestheile im §. 37., für die vormals Bergischen im §. 24. und für die vormals Französischen im §. 23. vorschreibt, daß ein dem Heimfall unterworfenes Grundstück, so lange

---

[57]) Diese Geschichte der Declaration vom 24. Novbr. 1833 ist dargestellt im Ministerial-Rescript vom 20. August 1834 Jahrbücher Bd. 44. S. 68—71.

[58]) Gesetz-Sammlung von 1834 S. 292.

Digitized by Google

derselbe unabgelöst ist, nach den Grundsätzen vererbt werden soll, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden, so ist von Mir nicht beabsichtigt, die Anwendung der früheren Vererbungs-Grundsätze auf das Verhältniß des Gutsbesitzers zum Heimfallsberechtigten zu beschränken, vielmehr dadurch verordnet, daß diese Grundsätze auch bei der Auseinandersetzung der Erben unter einander beobachtet werden sollen. Sie, die Justiz-Minister, haben hiernach die Gerichte, welche in ihren Entscheidungen das Gesetz beschränkend angewendet haben, zu belehren, auch hat das Staats-Ministerium diese Belehrung durch die Gesetz-Sammlung bekannt zu machen."

15.

(Wer Hofsfolger werde.)

Aus dieser Geschichte des Heimfalls-Paragraphen und seiner Deklaration begründen sich wichtige Resultate.

Zuvorderst zeigt sich, daß nicht das Interesse des Gutsherrn, welches im Wesentlichen schon durch die ausgesprochene Untheilbarkeit der Colonate gesichert, der vorherrschende Gedanke, daß nicht beabsichtigt gewesen, durch eine unzeitige Herstellung der längst verblichenen Hörigkeits-Ansichten die Zahl der Heimfälle zu vermehren, den Familien ihr Erbe zu entziehen. Der Hauptgedanke war vielmehr die Erhaltung eines kräftigen Bauernstandes, welchen man durch die, wenn auch nur in Gelde ausgeführten, Gleichtheilungen des gemeinen Rechts gefährdet glaubte.

Ferner ist es klar, daß nicht beabsichtigt gewesen, den Verwandten ein Jus ex pacto et providentia

Digitized by Google

majorum zu geben, was mit dem Eigenthum und der Befugniß zu Verpfändungen, so den Bauern eingeräumt, streiten würde, und selbst früher nicht einmal in solcher Ausdehnung bestand. Die Deklaratoria bezweckt, wie das Ministerial-Reskript vom 20. August 1834 sehr treffend bemerkt,[59]) die Zusammenhaltung der Höfe zu befördern, ohne die Dispositions-Befugniß der Hofesbesitzer aufzuheben. Wir dürfen hier auf Scheppers[60]) Ausführung verweisen. Jene Zusammenhaltung der Höfe konnte nämlich nicht durch das bloße Aussprechen der Untheilbarkeit, die auch nach abgelöstem Heimfall besteht, sondern nur durch billige Kindtheile bezweckt werden, weil sonst der Hof doch durch die zu große Verschuldung zerrüttet werden würde. Und hiefür glaubte man in den früheren Auseinandersetzungsgrundsätzen Hülfe zu finden.

Es wird auch kaum bestritten werden, daß der Bauer im Verhältniß zu seinen Erben nicht gehindert ist, letztwillig über sein Gut zu verfügen, oder, was das Gewöhnliche, durch Verträge, wodurch er schon bei Lebzeiten den Kindern sein Vermögen abtritt; und die nach §. 656. A. L. R. I. 12. als Verträge unter Lebendigen anzusehen. Kann er sogar das ganze Gut veräußern, ohne daß die Kinder es hindern können, so werden sie um so weniger einer geringeren Disposition widersprechen können. Bei solchen Verfügungen wird übrigens auch fast immer das Interesse des Hofes von den

---

[59]) Jahrb. Bd. 44. S. 71.

[60]) N. Archiv 1834. S. 728—730.

Eltern zur Gnüge berücksichtigt, also der gesetzlichen Intention entsprochen.

Ein Colonatfolger mit mäßigen Abfindungen — das ist die Absicht des Gesetzes. Was nun erstlich die Person dieses Colonatfolgers, im Falle der Bauer nichts darüber bestimmt hat, betrifft, so stand diese in vielen Gegenden der Provinz observanzmäßig fest, der jüngste oder der älteste Sohn war der Berufene, in anderen Gegenden hatte man dem Gutsherrn, wahrscheinlich als Neuerung, wie im Münsterschen kaum zweifelhaft, und jetzt so ungeheuere Folgen hat, die Auswahl überlassen. Ob nun im erstern Falle der früher observanzmäßig Berufene auch jetzt dieses wieder sey, ist nach dem Wortsinne der Cabinets-Ordre so ganz unbedenklich nicht, wie Schepers [61]) angenommen. Die Cabinets-Ordre spricht in ihrem dispositiven Theile nur von der Anwendung der früheren Vererbungsgrundsätze bei der Auseinandersetzung der Erben untereinander. Dadurch also, daß hier die Kinder als Erben, welche sich auseinanderzusetzen haben, ausgesprochen werden, scheint nicht nothwendig ein Rechtsverhältniß hergestellt zu seyn, bei dem sie nicht Erben des Guts und Pekuliums wurden, dies vielmehr nur von Einem mit der Verpflichtung zu Brautschätzen geerbt ward. Allein bei einer solchen beschränkenden Auslegung würde das Gesetz gar kein Objekt haben, da es eben darum, weil früher das Colonat mit peculium nur Einem zufiel, keine Grundsätze über Auseinandersetzung dieser nicht mehreren Erben

---

61) S. 733.

angefallenen Erbschaft geben konnte. Höchst wahrscheinlich hat vielmehr der Gesetzgeber unter den Grundsätzen der Auseinandersetzung hier das Verhältniß verstanden, wonach der eine das Gut, die andern mäßige Brautschätze erhalten. Oder man kann auch sagen, es gehöre mit zur Auseinandersetzung der mehreren Erben, daß sie das Colonat aus der Erbschaft aussondern und nach den früheren Grundsätzen vererbfällen lassen.

Was nun aber diejenigen Güter betrifft, bei denen der Anerbe nicht durch Observanz feststand, so kann nicht davon die Rede seyn, daß das Wahlrecht des Gutsherrn hergestellt sey, wie Schepers [62]) durch die ganz richtige Bemerkung begründet, daß die Declaratoria als Theil des Hauptgesetzes, somit nicht als den §. 7. desselben derogirend zu betrachten. Dies vorausgesetzt bleibt also nichts übrig, als alle Kinder an und für sich für gleich berechtigt zu halten, dem Gesetze aber dadurch genug zu thun, daß nur eins unter ihnen das Gut, die andern die Brautschätze erhalten. Sind die Erben nun darüber einig, wer das Gut und wer die Brautschätze erhalten solle, so wird man auch gegen die gleichzeitige Vereinigung über den Betrag der Brautschätze, als nicht zu trennen von der Hauptvereinigung, nichts erinnern können, da Sämmtliche hier über ihre Privat-Rechte verhandeln. Werden sie über die Person des Hofsfolgers nicht einig, so bleibt nur das letzte Mittel bei der Collision der Rechte übrig, das Loos [63])

---

[62]) S. 733. 734.

[63]) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 394. Tit. 17. §. 28.

Digitized by Google

nämlich.[64]) Natürlich werden die Erben hiebei nun aber möglichst wenig auf das Spiel setzen wollen, somit die Brautschätze möglichst hoch bestimmen. Die Absicht des Gesetzes wird dann freilich vereitelt, aber kein Mensch kann es hindern. Nur dann, wenn die Erben auch nicht einmal über den Betrag der Brautschätze im voraus einig werden können, wird der Richter sie vorher nach denselben Grundsätzen, wie bei Höfen, die einen observanzmäßigen Anerben haben, bestimmen müssen, und dann die Verloosung eintreten, somit das Loos des Gutes von wirklicher Bedeutung, ein Glücksloos seyn.

16.

(Auslobung der Brautschätze.)

Wo nun ein fester Hofsfolger ist, müssen die Brautschätze im Mangel gütlicher Einigung, da der Gutsherr hier weggefallen, vom Richter bestimmt werden.[65]) Als Anhaltspunkt muß ihm hier das frühere Herkommen dienen, worüber er sachkundige Zeugen zu hören hat. Es ergeben sich hiebei aber bedeutende Schwierigkeiten. Eines Theils gehört nämlich das peculium nicht mehr zum Gute, und doch wurde früher hierauf, zugleich aber auch auf den darauf haftenden, nun weggefallenen, Sterbfall bei Auslobung der Brautschätze so wie bei den dieserhalb entstandenen Observanzen vorzügliche Rücksicht genommen. Zum anderen ist das Gut beim Leben des Besitzers kein von der Masse seines Vermögens getrennter selbstständiger

---

[64]) Wie auch Schepers S. 735. behauptet.

[65]) Schepers S. 736.

Digitized by Google

Gegenstand, sondern für die Schulden der ganzen Masse gleich allen übrigen Vermögensstücken solidarisch verhaftet, ein Verhältniß, was selbstredend auch nach dem Tode nicht ignorirt werden kann. Früher haftete, zumal bei Eigenbehörigen, das Gut nur für consentirte Schulden, und hatte mit den übrigen Aequisiten keine Verbindung. Wie der Richter hier die Schulden repartiren, das vom Gute getrennte Peculium in Rücksicht nehmen, und allem diesem nach einen den früheren Vererbungs-Grundsätzen und den jetzigen Rechts-Verhältnissen entsprechenden Brautschatz bestimmen könne, wird in den meisten Fällen eine Frage seyn, die nicht nach dem ältern Herkommen, was diese künftigen Verhältnisse unmöglich diviniren konnte, sondern nur nach Willkühr entschieden werden kann. Diese Willkühr wird dann nur den Anhaltpunkt haben, daß der Hofserbe bedeutend begünstigt werden müsse Wem fällt hier nicht unsers großen Mösers Phantasie von der Willkühr und Weisheit [66]) ein? Wer wird es nicht bedenklich finden, daß in unser sonst selbst im Allerkleinsten so ängstlich bestimmtes Recht auf einmal eine solche Rechtsfindung eingeführt wird, wo die Weisheit finden soll, was der Willkühr angehört? Es wird neuer Formen hiefür bedürfen, wo die Genossen jedem Kinde sein Erbtheil weisen. Das Schlimmste dabei ist, daß bei der freien Verfügungsgewalt des Bauers jeder Fall ein verschiedener ist, und sich daher keine neuen Gewohnheiten, wie viel jeder Hof an Brautschatz abgebe, bilden können, sondern in jedem

---

[66]) Patriotische Phantasien Bd. 1. N. 51.

Digitized by Google

einzelnen Falle die Willkühr der Genossen finden muß, was gut und billig. Schwer wird es seyn, diese unumgänglichen neuen Formen mit unserm übrigen Rechtssystem in ein leidliches Gleichgewicht zu setzen, damit die Rechtsfindung bleibe, was Horaz vom Gedichte verlangt, simplex dumtaxat et unum.

Daß die Streitigkeiten über Auslobung der Brautschätze sehr zu Vergleichen angethan seyen, spricht von selbst,[67]) und ein Vormundschaftsgericht wird in den seltensten Fällen im Stande seyn, einen Vergleich für nachtheilig zu erklären. Das erwartete Weißthum der Genossen ist eine incommensurable Größe, wenigstens sehr häufig.

An alle diese Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber nicht gedacht. Wie weit die praxis hier nachhilft, wird sich in einiger Zeit ergeben. Schon haben sich mehrere Gerichte zusammengethan, um gleichförmige Grundsätze für Erfüllung ihrer neuen Mission zu verabreden.

17.

(Einige streitige Fragen. Veräußerungen und Erbfolge in der Familie des Erwerbers. Gütergemeinschaft. Pflichttheil-Ergänzung.)

Es bieten sich hier noch manche schwer zu beurtheilende Fälle dar, worüber man fast nur Hypothesen aufstellen kann. Versuchen wir einige! Nimmt man

---

67) Daher sind diese Vergleiche auch vom Justiz-Ministerium in dem oft allegirten Rescripte vom 20. August 1834 (Jahrb. Bd. 44. N. 74.) den Vormundschafts-Gerichten sehr mit Recht empfohlen.

1) an, daß die Kinder kein jus ex pacto et providentia majorum haben, daß der Besitzer das Colonat frei veräußern und verschulden kann, mit Vorbehalt des dereinstigen Heimfalls, der ja noch immer abgelöst werden kann, so wird auch, wenn der Annehmer das Gut veräußert hat, dieses nur auf die Erben des Erwerbenden übergehen, nicht aber den mit Brautschätzen abgefundenen Geschwistern des Veräußerers zufallen können, obgleich grade diese das Eintreten des Heimfalls hindern. Das Gut wird dann aber keineswegs nach den ältern Grundsätzen vererbt, und in soweit ist also der Heimfalls-Paragraph wieder durch den §. 15. modificirt, strenge auf die Auseinandersetzung berufener Erben zu beschränken. Darum werden auch 2) die Kinder des Erwerbers, obgleich sie gar nicht zu der den Heimfall ausschließenden Familie gehören, dennoch den Hof unter sich nach den alten Grundsätzen auseinanderzusetzen haben, wenigstens geht dies aus der Absicht des Gesetzgebers hervor. Finden solche Verhältnisse in Folge der Veräußeruug statt, so läßt sich auch nicht wohl einsehen, warum nicht 3) der jedesmalige Besitzer von seinen Civil-Erben wenn gleich sie den Heimfall nicht ausschließen, beerbt werden solle. So weit die Befugniß, unter Lebendigen zu veräußern, geht, müßte auch von Todeswegen das Gut nach dem erklärten oder vermutheten Willen vererbfällt werden können. (s. jedoch S. 145.) Hiernach entscheidet sich denn auch vielleicht 4) die Frage, ob das Colonat in die Gütergemeinschaft falle, nach deren Grundsätzen vererbt werde. Hier fließt Disposition unter Lebendigen und Vererbung zusammen, und es ist unsres Erachtens nicht sehr be-

Digitized by Google

denklich, lediglich die Grundsätze der Gütergemeinschaft entscheiden zu lassen.[68]) Sterben diejenigen einst aus, welche allein nach den früheren Grundsätzen den Heimfall ausschließen konnten, so tritt das gutsherrliche Recht ein. Bis dahin haben diese Berechtigten also große Aehnlichkeit mit den Intestaterben, welche ad minuendam legitimam mitgerechnet werden, aber selbst keinen Pflichttheil erhalten! Eine Anwendung der Colonatvererbungsgrundsätze auf die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, wie sie Schepers[69]) vorschlägt, dürfte inconsequent seyn, da, wenn einmal das Colonat in die Gütergemeinschaft fällt, die Anrechte der Theilhaber der Gütergemeinschuft dadurch von selbst bestimmt sind und nun nicht wieder nach einem andern Prinzip auseinandergesetzt werden können. Inzwischen lassen sich die eigenthümlichen Schwierigkeiten dieser Frage nicht verkennen, und es wird noch vieler Prozesse über diese sich so mannichfaltig gestaltende Frage bedürfen, ehe sich dieserhalb eine irgend feste praxis bilden kann.

Uebrigens versteht es sich 5) von selbst, und dies ist denn freilich keine Hypothese, daß in allen den Fällen des §. 12. dieser Abhandlung, wo das Heimfallsrecht durch Veräußerungen während der Zeit des aufgehobenen Heimfalls erloschen, und rücksichtlich aller vor dessen

---

[68]) Diese Frage ist auch vom Land- und Stadtgerichte zu Dorsten aufgeworfen, und vom Justiz-Ministerium der rechtlichen Entscheidung überlassen. S. Jahrb. Bd. 44. S. 73.

[69]) S. 737.

Wiedereinführung, am 21. April 1825, eingetretenen Erbfälle von einer Anwendung der Heimfallsgrundsätze auf die Auseinandersetzung der Erben unter sich nicht die Rede seyn kann. Dies ist auch anerkannt im Ministerial-Rescript vom 20. August 1834 [70]), auch früher vom Geheimen Ober-Tribunal angenommen. Das Gegentheil, rücksichtlich der Erbfälle vor dem 21. April 1825 nämlich, ist aber in einem Erkenntnisse des G. O. Tr. in Sachen Bischof gegen Holmerten vom 4. September 1834, Beilage 3., ausgesprochen. Irrig, wie es uns scheint, wird hier der §. 91. des III. Gesetzes vom 20. April 1825, insoweit er die früheren Festsetzungen aufrecht erhält, auf bereits faktisch gewordene Festsetzungen beschränkt. Auch die einmal eingetretene testamentarische oder Intestat-Succession, zu beurtheilen nach den zur Zeit des Todes geltenden Gesetzen, ist eine Festsetzung und eine faktische Wirklichkeit. Der §. 91. kann nur als Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß auf bereits eingetretene Fälle, auf Fälle, wo das alte Gesetz schon zur Anwendung gekommen, das neue nicht anzuwenden, interpretirt werden. Wir glauben hier auch nicht mit unserer Annahme im §. 12. in Widerspruch zu gerathen, indem zwar immerhin das Heimfallsrecht in Bezug auf die Familie von 1808 gemeint ist, aber auf eine vor seiner Herstellung schon eingetretene Beerbung nicht rückwirken kann. Das neue Gesetz hat das alte nicht auch geschichtlich vernichten wollen.

6) Eine Pflichttheilsergänzungsklage gegen elterliche Verfügungen, der Landbesitzer wird sich übrigens kaum

---

[70]) Jahrb. Bd. 44. S. 72.

Digitized by Google

mehr begründen lassen, da die portio ab intestato debita nicht feststeht, erst durch willkührliche Arbitration, deren Ausfall Niemand vorhersagen kann, geunden werden könnte. Selbst rücksichtlich des Vermögens außer dem Gute wird eine solche Pflichttheilsklage in der Regel nicht zu begründen seyn, da es eben Sache jener Arbitration ist, die Schulden auf das Gut und das übrige Vermögen zu vertheilen und danach die Abfindung vom Gute zu bestimmen. Freilich besteht sonach ein jus incertissimum über den größten Theil des Vermögens der Lande zwischen Rhein und Elbe!

Cap. IV.

Einiges über die Untheilbarkeit der Bauerngüter.

18.

Erwägt man alle die bisher berührten Verwickelungen und Prozesse, in welche das Heimfallsrecht die Familien stürzt, ein Recht, dessen jährliche Ablösesumme bei den wenigsten Gütern eine Summe von 2 Thlrn. übersteigen möchte, so wird es gewiß als jeden guten Familienvaters Pflicht erkannt werden, dasselbe abzulösen, wozu ihn übrigens schon die Gläubiger drängen, so daß der geplagte Schuldner sich jetzt schon, da fast überall Heimfallsrechte sub Rubr. II. der Hypothekenbücher eingetragen sind, genöthigt sieht, sie, wenn ihre Existenz rechtlich auch noch sehr zweifelhaft ist, um hohe Preise abzulösen. Bisher geschahen diese Ablösungen im gesetzlichen

Digitized by Google

Wege nicht, weil die Ablösungs-Ordnung erst 1829 erschien, und die Ablöse-Preise, wonach die vom Werthe des Guts abzuziehenden Lasten anzuschlagen, in diesem Augenblicke noch nicht publicirt sind. Da alsdann aber die Colonate der gemeinen Erbfolge anheimfallen, so gewinnt die Frage über Herstellung der Untheilbarkeit der Bauerngüter doppelte Wichtigkeit. Mit nicht genug zu verehrendem Wohlwollen ist die Regierung hier in die Ansichten des Volks eingegangen, und bereitet eine Gesetzgebung vor, welche für die Erhaltung eines kräftigen Bauernstandes, ohne darum die für den Credit und die Nationalwirthschaft nöthige Bewegung zu hemmen, das in der Zeit Mögliche leisten soll.

Es ist hier nicht der Ort, eine staatswirthschaftliche Gelehrsamkeit, an der es uns kaum gebrechen dürfte, zur Schau zu legen.[71]) Es bedarf dessen nicht. Die Provinz bedarf hier gleich sehr der Stätigkeit, als der Bewegung. Die Geldwirthschaft herrscht auch hier. Die Einzelnen, wie die Staaten Europa's, haben auch hier den Erwerb der Zukunft anticipirt, anticipiren müssen, schwere Kriegslasten und excessive Wolfeilheit der Produkte haben die Provinz gedrückt, ungeheure Schulden haften auf den Bauerngütern, nnd ebenso sehr bedeutende Geldsteuern. Zugleich ist in ansehnlichen Theilen der Provinz eine solche Gewerbethätigkeit, daß die Cultur fast zur Gartencultur geworden, die selbst bei den Verehrern

---

71) Siehe inzwischen doch Lotz Handbuch der Staatswissenschaftslehre Bd. 2. S. 24 ff.

Digitized by Google

eines feudalnationalen christlichen Ackerbaues [72]) Gnade findet. Auch wird eine erleuchtete Regierung diesen Gewerben das Fortschreiten in andere Theile der Provinz nicht verbieten wollen. Alle die schönen Redensarten [73]) von dem Patriarchalischen, was in den Bauernfideikommissen, wo glückliche Geschlechter auf dem angestammten Erbe sich folgen, liegt u. s. w., können hier nicht helfen. Der Boden ist einmal durch lange vorbereitete Ereignisse, durch die Geldwirthschaft zu Markte gebracht, und nichts kündet in den öffentlichen Verhältnissen an, daß wir je von der Merkantilwirthschaft zur Einfachheit der Naturalienwirthschaft, und zu allem dem, was damit zusammenhängt, zurückkehren werden.[74]) Ein weiser Staatsmann darf also diese Verhältnisse nicht ignori-

---

[72]) Z. B. Adam Müller agronomische Briefe in Friedrich Schlegels Deutschen Museum Bd. 1. S. 54—78. S. 137—159. Bd. 2. S. 213—234. ꝛc. v. Schütz das. S. 158—178. Diese Herren sowie die A. Müllerschen Staats-Anzeigen sind in der neuesten Zeit sehr ausgeschrieben worden.

[73]) Die auch einst dem Schreiber dieses nicht ungeläufig waren. S. Sommer von deutscher Verfassung im germanischen Preußen und im Herzogthum Westphalen 1819. Die Jugend erwärmt sich schnell für solche Gegenstände; größere Erfahrung über des Lebens mannichfache Verhältnisse macht kühler. S. des Verfassers Ansichten in seiner Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bauerngüter im Herzogthum Westphalen S. 84—87.

[74]) Was die Agronomen in der Note 72. doch eben verlangen und voraussetzen. Eine Untheilbarkeit mit freier Veräußerung würde ihnen ein Gräuel seyn, ein Horazisches Humano capiti cervicem pictor equinam etc.

Digitized

ren, sondern nur das bei ihrer Beachtung noch für die Erhaltung der Bauerngüter Mögliche beabsichtigen wollen. Schon gleich auf dem ersten Westphälischen Landtage, wo die Untheilbarkeit zur Sprache kam, war nur eine Meinung darüber, die Disposition des Bauern müsse frei bleiben,[75]) und es könne sich im Wesentlichen nur darum handeln, ein Testament für den jedesmaligen Besitzer im voraus, wenn er selbst keines errichtet, zu machen, und dessen Vollziehung zu sichern. Daher fand die sonst sehr wohl erwogene Ansicht des Herrn Ober-Präsidenten von Vincke,[76]) jedem Hofe ein untheilbares Minimum neben fliegendem Gute, walzenden Grundstücken, zuzuweisen, keinen Eingang, auch nicht im neuesten Entwurfe.[77])

Im Wesentlichen scheint es hier auf Folgendes anzukommen:

1) Die Errichtung bäuerlicher Fideikommisse muß mehr als bisher geschehen, begünstigt werden. Der landrechtliche Satz von 2500 Thalern Reinertrag [78]) ist zu hoch. Die Ansichten von Suarez[79]) sind nicht mehr an der Zeit, seit die Macht der Geldwirthschaft so sehr gestiegen.

---

[75]) Der 1. Westphäl. Landtags-Abschied 1827. Darstell. S. 47.

[76]) Dessen beharrlichem Streben dieser Gegenstand so sehr Vieles verdankt. S. dessen Bericht über die Zerstückelung der Bauernhöfe und die Zersplitterung der Grundstücke in der Provinz Westphalen. 1824. S. 35 ff.

[77]) S. den vierten Westphälischen Landtag. Darst. S. 26—28.

[78]) A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 51.

[79]) Jahrb. Bd. 41. S. 169. 170. — — „Philosophisch betrachtet, ist es auch eine große Anomalie, daß es in der

Digitized by Google

2) Der Pflichttheil des Landrechts ist zu hoch. In der Regel kann ein Bauernhof dabei nicht bestehen. Ein Vater, der zur Erhaltung des Familien-Erbes die Abfindungen gering bestimmt, handelt nicht unväterlich, so daß die Gesetzgebung des Staats gegen ihn zu Hülfe gerufen werden müßte. Ueberhaupt darf der Staat die Gewalt des Familienhaupts nicht ohne Noth beschränken. Nichts hindert, den Pflichttheil allgemein auf ein Viertel oder ein Drittel herabzusetzen. Und zwar allgemein, denn in allen Ständen ist die Befestigung des elterlichen Ansehens zu wünschen. Eine Beschränkung dieser Herabsetzung auf den Bauernstand würde nicht einmal ausführbar seyn, da eine Menge Leute außer den Städten, deren Begriff ja noch nicht einmal feststeht, und die oft weniger Gewerbe als das platte Land haben, wohnt, ohne darum eigentliche Bauern zu seyn, da der Boden von Hand in Hand geht, und mit den, keineswegs mehr auf die Städte beschränkten Gewerben sich verquickt, so daß es für Jeden, der die Provinz genau kennt, unmöglich erscheint, für eigentlich ländlichen Besitz

---

Gewalt eines Menschen stehen soll, über das Vermögen, welches er bei seinem Abscheiden zurücklassen muß, und worüber ihm der Tod jedes physische Vermögen zu disponiren benimmt, auf viele Generationen und Jahrhunderte hinaus Gesetze vorzuschreiben. Daher haben schon mehrere neuere Gesetzgeber nöthig gefunden, der Befugniß, Familienfideikommisse zu errichten, gewisse Schranken zu setzen." Welch ein Unterschied zwischen den Ansichten von damals und jetzt!

Digitized

allein eine ausführbare Gesetzgebung zu erlassen. Am Ende wird sich wahrscheinlich auch zeigen, daß der Versuch, eine besondere Successions-Ordnung für die Ritterschaft in der Provinz einzuführen, als solcher nicht gelingen, sondern nur durch allgemeine Ermäßigung der Pflichttheile der Zweck annähernd erreicht werden kann.

3) Die bisherige Gesetzgebung hat eine wahre Wuth, das Erbe der Väter durch Subhastation in andere Hände zu bringen. Es braucht nur ein Miterbe zu sagen, er werde sich über die Würdigung oder Legung der Theile nicht vereinigen, gleich muß der gesammte Immobiliar-Nachlaß öffentlich verkauft werden![80]) Ist vollends ein Minderjähriger Miterbe, so drängt Alles am Ende so ziemlich auf Subhastation hin[81]) Zu geschweigen der Regreß-Angst und Taktlosigkeit einzelner vormundschaftlichen Behörden, die das Erbe der Mündel in den erbschaftlichen Liquidations-Prozeß, und so ganz methodice aus ihren Händen bringen. Man bestimme also, daß nur mit Einwilligung sämmtlicher Erben die Immobilien subhastirt, daß sie vielmehr nur unter ihnen ausgeboten werden, wenn für eine Naturaltheilung die Loose zu klein werden. Man

---

80) A. L. R. I. Tit. 17. §. 89. 90.

81) A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 566 ff. Daß die mannichfach verschieden klausulirten Novellen die Sache im Wesentlichen nicht ändern, ist bekannt. Nur die während des Abdrucks dieser Abhandlung erschienene Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 (Ges. S. S. 17.) huldigt den naturgemäßen Ansichten.

Digitized by Google

lasse nie zu, daß es in Folge einer Pflichttheils-Ergänzungs-Klage zur Naturaltheilung oder Subhastation komme, lasse den Pflichttheils-Berechtigten sich mit einer Taxe begnügen. Man sehe das Vormundschaftsrecht mehr aus dem Familiengesichtspunkt an, gestatte dem Vormunde möglichst, einem Verein beizutreten, der das Erbe in der Familie erhält.

4) Durch solche Bestimmungen sind Hindernisse weggeräumt. Will man aber positiv weiter gehen, ungeachtet des steten Wechsels des Besitzes durch Verfügungen unter Lebenden beim Tode eines auf dem Lande wohnenden Menschen seine Immobilien, wie immer erworben, allenfalls mit einem Inventar, als ein selbstständiges Vermögen aus seiner Universitas herausnehmen, und einer besonderen Erbfolge unterwerfen, etwa nach Analogie von §. 280. A. L. R. II. 7., so wird man sich in Unausführbares verwickeln. In jeder Generation werden dann die traurigen Contestationen über die separatio feudi ab allodio sich erneuen. Man wird kein den verschiedenen einzelnen Fällen anpassendes Verhältniß der Schulden zu diesem erst mit dem Tode entstandenen Immobiliar-Vermögen im Voraus bestimmen können. Und überall wo kein observanzmäßiger Hofsfolger feststeht, wird man nicht hindern können, daß die Kinder, welche man doch nicht wider ihren Willen beglücken darf, vor der Verloosung hohe Brautschätze bestimmen, und sonach der Zweck des Gesetzes am Ende doch vereitelt wird. Die Sache wird zu künstlich werden, zu

großen Prozessen oder unangenehmer Willkühr führen. Es bedarf einer solchen Hülfe nicht, da die mehrsten Colonate bei Lebzeiten der Eltern übertragen werden, und wo es nicht geschieht, die Eltern in der Regel vorsichtig genug sind, zu testiren. Es genügt, daß die Hindernisse der Ausführung solcher Testamente durch die oben vorgeschlagene Gesetzgebung weggeräumt werden, allenfalls auch die Testaments-Formen nach der Analogie der Dorfgerichte erleichtert werden. Es ist nicht zu wünschen, daß um der wenigen seltenen Fälle willen, wo die Eltern zu nachlässig sind, zutestiren, ein Apparat künstlicher unausführbarer Gesetze beschafft werde. Mag auch in einem solchen Falle einmal ein Colonat in Scheidemünze ausgemünzt werden, so ist das weiter kein Unglück wenn nur für die mehrsten Fälle die bisherigen gesetzlichen Hindernisse der Erhaltung des ländlichen Besitzes in den Familien weggeräumt werden. Kann und will man ja doch auch nicht hindern, daß ein einzelner schlechter oder unglücklicher Wirth seinen Hof verzettelt! Die guten Wirthe werden meist die Stücke erwerben, und ein unschädlicher fluxus et refluxus bleiben.

5) Will man nun aber einmal positiv einwirken, für den ohne Verfügung sterbenden Bauer a priori ein Testament machen, so ist doch wenigstens nicht zu wünschen, daß der dem Begünstigten überkommende ländliche Besitz zum Vortheil der abgefundenen Geschwister vinculirt werde.[82]) So billig-

82) Wie inzwischen doch von einem großen Theile der Stände unter Widerspruch von 26. beabsichtigt. S. vierten Landtag. Darstell. S. 27. 28.

Digitized by Google

es auch auf den ersten Anblick scheint, daß jener Glückliche nun den Besitz nicht außer die Familie bringe, so sehr würde doch aller Verkehr durch beschränkende Satzungen gelähmt werden und erstarren. Man würde dadurch in 30 Jahren einen großen Theil des ländlichen Besitzes zu einem verschuldeten Fideikommiß machen, Meliorationen verhindern ꝛc., die ganze Gütergemeinschaftslehre in Verwirrung bringen. Solche Beschränkungen haben nicht einmal früher bestanden, da die abgefundenen Geschwister keine eventuelle Hofsfolge mehr hatten.

Dies sind die, den schwierigen Heimfall der Gütergemeinschaft übrigens nicht berührenden, Ansichten eines Mannes, der lange und viel über diesen Gegenstand gedacht und darum mit einiger Zuversicht redet. Inzwischen kennt er das Verführerische, was in den der Untheilbarkeit günstigen Ideen für edle Gemüther, zürnend der Leichtigkeit einer nun schon vergehenden Zeit, liegt, zu sehr, als daß er erwarten sollte, daß nicht dennoch der Versuch gemacht werden sollte, freie Dispositions-Befugniß mit Untheilbarkeit zu vereinigen. Er ist aber auch der Ueberzeugung, daß es am Ende doch nur zu den oben vorgeschlagenen Maaßregeln kommen kann und wird. So sehr Maaßregeln zu wünschen, welche eine r a p i d e Dissolvirung des ländlichen Besitzes, eine Entwerthung der Oeconomiegebäude ꝛc. verhindern, so ist aber doch noch mehr zu wünschen, daß solche Maaßregeln ohne Prozesse ausführbar sind. Und dies kann man allen bisherigen Vorschlägen entgegensetzen.

(Die Beilagen 1., 2. und 3. folgen im nächsten Heft.)

VIII.

Die Hypothek nach Preußischem Recht, als ein selbstständiges dingliches, nicht accessorisches, Recht betrachtet, mit Rücksicht auf das Recognitionssystem.

Von

Fr. Th. Boele.

§. 1.

Seit neuerer Zeit ist über die Feststellung des Begriffs der Hypothek nach Preußischem Rechte eine, in theoretischer sowohl, als praktischen Hinsicht, äußerst interessante und einflußreiche Streitfrage entstanden. Es ist sehr erklärlich, wie durch den Grundcharakter der Preußischen Hypotheken-Ordnung von 1783, die rechtliche Natur der Hypothek, als eines bloß accessorischen Rechts, welche im A. L. R. auch noch als solche überall anerkannt wurde,[1]) in Folge der praktischen Ausbildung des Instituts immer mehr in den Hintergrund treten mußte. Vorzüglich hat sich der Begriff der Hypothek als eines selbstständigen dinglichen Rechts aber erst entwickelt in Folge des

[1]) A. L. R. Th. I. Tit. 20. §§. 12. 415. 416. 422. 520. 522. und Anhang §. 53. auch Tit. 2. §. 140.

Digitized by Google

§. 52.[2]) des Anhangs zum A. L. R. (ad 484. Tit. 16. Th. I.) und dessen Deklaration vom 3. April 1824. Nach dem erstern sollen Hypothekenrechte durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthume des verpflichteten Grundstücks in einer Person nicht aufgehoben werden, so lange nicht die, vom Antrage des Besitzers abhängige, Löschung hinzukommt, und daher der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen andern abtreten können, nach der letzten soll sogar der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine Hypothekenschuld ausgezahlt, aber deren Löschung nicht veranlaßt hat, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen, mag ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession ertheilt seyn, oder nur eine Quittung, welche dann so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre. Offenbar ist hierdurch die lediglich auf der Intabulation beruhende Fiction des dinglichen Rechts weiter ausgedehnt, als es der Grundsatz der Publicität zu Gunsten Dritter auf das Hypothekenbuch in gutem Glauben sich verlassender Personen nothwendig machte.[3]) Es muß hier jedoch

---

[2]) §. 52.: „Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende, Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten."

[3]) cfr. §. 522. 523. A. L. R. Th. I. Tit. 20. u. Tit. 10. §. 7—12.

Digitized by Google

noch bemerkt werden, daß das Gutachten der Gesetzkommission, woraus der Anhang des §. 52. hervorgevorgegangen ist, zunächst die sperielle Frage im Auge hatte: „ob eingetragene Schuldforderungen bloß dadurch, daß das jus crediti auf den Schuldner, d. i. den Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, transferirt worden, in dinglicher und persönlicher Beziehung erlöschen?“

Man hat jedoch angenommen, daß in dieser Gesetzesstelle die Natur der Hypothek als eines selbstständigen, von dem Daseyn der Forderung ferner nicht abhängigen Rechts anerkannt worden sey, und in Folge dessen ist in verschiedenen Ministerial-Rescripten der Satz ausgesprochen, daß ein Hypothekenschuldner sein Grundstück, auf welchem mehrere Posten eingetragen sind, ohne Einwilligung der postlozirten Gläubiger, zur ersten Stelle von Neuem verpfänden kann, wenn der erste dort eingetragene Gläubiger seiner Hypothek entsagt, aber die Forderung behält, und zwar deswegen, weil diese Stelle als ein selbstständiges dingliches Recht, dem Hypothekenschuldner schon durch die bloße Entsagung des Gläubigers wieder anheim gefallen ist.[4])

---

[4]) Minister. Rescript vom 5. Februar 1819, J. B. Bd. 13. S. 43., 24. May 1831 und 13. März 1831. cfr. ferner die interessante Schrift eines Ungenannten: Marienwerder bei Baumann. Ist die Hypothek nach Preußischem Rechte ein accessorisches oder ein dingliches Recht? . . . . 1831, und die Recension derselben in der Halleschen allgemeinen Literaturzeitung vom December 1831 Nr. 226.;

Digitized by Google

Hier ist mithin die Frage auf die Spitze getrieben, und nicht bloß der Grundsatz der Confusion beseitigt, sondern auch dem locus eine Selbstständigkeit und ein Geldwerth ohne eine entsprechende Forderung beigelegt. Welche practischen Folgen sich hieran knüpfen, bedarf kaum der Erwähnung, und es wird zur Veranschaulichung ein ganz einfaches Beispiel genügen: **A.** besitzt 3 Häuser, auf welche insgesammt eine Forderung des B. zum Betrage von 10,000 Thlr. Berl. Cour. primo loco eingetragen ist, der Besitzer sucht fernern Kredit bei B., dieser leiht ihm 3000 Thlr. und läßt sich dafür nur ein Haus verpfänden, indem er so rechnet: das Haus X., worauf meine Hypothek bestellt werden soll, hat allein einen Werth von 8000 Thlr., sämmtliche 3 Häuser sind 24,000 Thlr. werth, mithin kann ich den mir vorstehenden Posten des A. eigentlich nur zu 3333 $^1/_3$ Thlr. veranschlagen. Nachher verzichtet der A. auf die Hypothek an den beiden ersten Häusern, läßt seine volle Forderung aber auf X. stehen, und der Schuldner disponirt über die offenen Stellen anderweit. Die Folge ist mithin, daß der Gläubiger B. bei der Realisirung seiner Hypothek auf X. das leere Nachsehen hat.

Was nun die Frage: ist die Hypothek nach Preußischen Rechte ein accessorisches oder selbstständiges dingliches Recht? an sich betrifft, so müssen wir uns die nähere Erörterung darüber zu einem andern Aufsatze

---

cfr. auch Minist. Resc. vom 5. Juni 1833 in fine J. B. 82. Heft S. 545., insbesondere aber vom 25. Februar 1833 Heft 81. S. 267 sq.

Digitized by Google

vorbehalten, und wollen hier nur bemerken, daß sie in concreten Fällen sich wohl nur zur Entscheidung im Rechtswege eignet [5]) Vorliegend aber setzen wir die Richtigkeit der vom Ministerium adoptirten Ansicht voraus, und wollen diesen Gegenstand in besonderer Beziehung auf die zweckmäßigste Verfahrungsart des Richters bei Bearbeitung des Hypothekenwesens selbst betrachten.

§. 2.

Sehr wichtig wird diese Frage bei dem Hypotheken-Einrichtungswesen, wo die verschiedenartigsten Verpfändungsweisen, Titel zu General- und Special-Hypotheken aller Art, vorkommen. Hier kann das nobile officium judicis durch zweckmäßige Berathung und Vorschläge außerordentlich viel Gutes wirken, es kann Mitursache seyn, daß der Credit des Besitzers durch die Art und Weise der Einrichtung seines Foliums in einem ganz richtigen Verhältnisse zu dem Grundbesitze erhalten wird, aber auch umgekehrt, daß derselbe und zwar ohne Grund, lediglich durch eine verkehrte Operation, gelähmt wird. Es kommt hier alles auf einen richtigen practischen, den Verhältnissen des einzelnen Falles angepaßten, Blick an, wozu aber zunächst und vor Allem ein richtiges Auffassen des Rechtspunktes selbst gehört. Der Richter hat dabei nicht blos das Interesse des Schuldners, sondern insbesondere auch des einzelnen Gläubigers in Erwägung zu ziehen, und wenn es im Interesse des erstern

---

[5]) cfr. die in der vorigen Note allegirte Schrift, wo die entgegengesetzte Ansicht auszuführen versucht wird.

Digitized by Google

liegt, daß dieselbe Forderung nicht unnöthiger Weise auf zu viele Objecte eingetragen wird, so kann dieses für den Gläubiger grade wünschenswerth seyn.

Von der allergrößesten Wichtigkeit ist dieses besonders für diejenigen Gegenden, wo geschlossene Gutskomplexe nur ausnahmsweise vorkommen und unbedingte Theilbarkeit des Grund und Bodens die Regel bildet. Deshalb erheischt dieser Gegenstand die sorgfältigste und umsichtsvollste Behandlung bei dem Hypotheken-Einrichtungswesen in dem Bezirke des Königlichen Hofgerichts zu Arnsberg in Folge der Verordnung vom 31. März 1834. Durch dieselbe ist im Wesentlichen ein Parzellen-Hypothekensystem eingeführt, dem das Kataster zum Grunde gelegt ist, und welches keine Pertinenzen, d. h. in Beziehung auf die Hypotheken-Buchführung, kennt.[6]) Deshalb verordnet auch der §. 6.:

„Besitzt Jemand mehrere unter verschiedenen Nummern des Flurbuchs aufgeführte, innerhalb desselben Gerichts-Bezirks belegene Grundstücke, sie mögen in einer Verbindung mit einander stehen oder nicht, so bleibt es seiner Willkühr überlassen, ob, und in welcher Art er ein Folium oder mehrere Folien damit anlegen lassen will.“

---

[6]) Neues Archiv 2. Heft S. 284 sq. Hieraus folgt aber nicht, daß zu einem Gute nicht bestimmte jura realia, Renten u. s. w. geschlagen werden dürften, wenn sie nur gleichseitig auf dem belasteten Grundstücke eingetragen werden, und das Folium des Hauptguts sich zu diesem als relatum zum referens verhält. Die Subingrossationen geschehen dann blos beim Hauptgute.

Digitized by Google

Wenn man nun auf die früheren Verhältnisse zurückgeht, wo die Bestellung von General-Hypotheken das Gewöhnliche war, wo bei den geschlossenen Colonaten nur die Sohlstätte nebst Zubehör verpfändet zu werden pflegte, so leuchtet es ohne alle weitere Ausführung ein, wie nachtheilig es für den Realkredit werden könnte, wenn nunmehr ohne Noth bei der Regulirung des Hypothekenwesens solche General-Hypotheken der vollen Summe nach auf sämmtliche Grundstücke intabulirt würden. Wie gefährdet würde auf diese Weise die Sicherheit der auf einzelne Parzellen postlozirten Gläubiger seyn, wenn der Satz, daß die Hypothek kein blos accessorisches, sondern ein von der Forderung unabhängiges selbstständiges dingliches Recht sey, in einzelnen Fällen hier praktisch gemacht würde. Denn in einem solchen Falle sind eigentlich alle verpfändeten Immobilien so belastet, als hätte der Besitzer so viel mal die ganze Summe, die er gemeinschaftlich eintragen ließ, erhalten, als er einzelne Grundstücke besitzt, es ist mithin Niemand, der hinter einer gemeinschaftlichen Hypothek Kredit geben will, sicher, daß der vorstehende Gläubiger nicht eben sein ganzes Recht auf dieses Grundstück ausübe. Zwar kommt hier Alles zunächst auf den Willen und Entschluß der Interessenten selbst an, und dem Vorschlage, gesetzlich zu bestimmen, daß bei jeder gemeinschaftlichen Verpfändung mehrerer Grundstücke für dieselbe Summe die Beträge festgesetzt werden müßten, welche einzelne auf jedem Grundstücke haften sollten, lassen sich eben so viel Gründe entgegenstellen, als dafür angeführt werden können; [7]) allein

[7]) cfr. hierüber den gehaltreichen Commentar über das Hypo-

an zweckmäßigen Winken und speciellen Gesetzen fehlt es doch in der neuen Gesetzgebung in dieser Hinsicht so ganz nicht. Denn 1. der erwähnte §. 6. der Verordnung vom 31. März 1834 deutet in Nr. 2. durch die Vorschrift darauf hin, daß, wenn die Grundstücke sub rubr. III. nicht gleichmäßig verpfändet sind, oder verpfändet werden sollen, auch verschiedene Folien angelegt werden müssen. Auch abgesehen davon, daß auf diese Weise auf dem Hypothekenbuche beruhende Komplexe gebildet werden; [8]) besteht eine fernere Folge darin, daß bei der auf sämmtlichen Parzellen desselben Folii gleichmäßig versicherten Forderung nicht von mehreren Stellen die Rede seyn kann, worauf der vorstehende Gläubiger, ohne Aufopferung der Forderung selbst, zu Gunsten des Schuldners theilweise verzichten könnte. Denn die Hypothek als Produkt der hypothekarischen Versicherung ist hier sowohl in Form als Inhalt nur eins, und man wird immer von einem solchen Gläubiger nur sagen: er hat die erste oder zweite Hypothek. Die auf dasselbe Folium gebrachten Parzellen stehen in dieser Hinsicht in einer eben solchen Verbindung mit einander, als wenn sie Pertinenzstücke eines einzelnen Gutes wären. Dieses ist nicht undeutlich in der Hypothen-Ordnung selbst in den §§. 39. 40. 6. 8. 12. 13. Tit. 1. anerkannt. Zwar erstreckt sich nach dem Axiom: hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte, die Forderung

---

thekengesetz für das Königreich Baiern von N. Th. von Gönner, I. Bd. S. 173 sq. München 1823.

[8]) cfr. Minist. Rescr. vom 20. April 1834. J. B. Heft 86. S. 607 sq.

Digitized by Google

auch ganz auf jede Parzele, und der Gläubiger kann wegen seiner ganzen Forderung an jedes Grundstück sich halten; allein dieser Satz steht zu dem obigen in keiner Beziehung und findet auch Anwendung, wenn ein Gut nebst Zubehör nach den Grundsätzen der Hypotheken-Ordnung von 1783 für eine Forderung verpfändet ist.[9])

Auch kann der Gläubiger auf die Hypothek einzelner Parzellen verzichten, sowie theilweise seine Forderung zediren; allein der Schuldner kann im erstern Falle über den Locus nicht anderweit disponiren; weil ein solcher zu seinen Gunsten nicht offen geworden ist; denn das Produkt der hypothekarischen Versicherung, die Hypothek als durch die Intabulation zu einer selbstständigen Potenz erhoben, ist hier nur einmal vorhanden, worauf es aber um so mehr ankommt, als hier das Formelle allerdings entscheidet, indem, abgesehen davon, das Pfandrecht ohne alle Controverse nur als ein accessorisches Recht behandelt werden kann.[10])

---

[9]) A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 467. 468.

[10]) Deswegen wird auch in dem Rescripte vom 13. Mai 1831 in Beziehung auf diese Frage gesagt: „Was das Königliche Oberlandesgericht von der Intabulation neuer Forderungen auf Pertinenzien eines Hauptguts, oder auf abgetrennte Stücke desselben zum Nachtheil der postlozirten Gläubiger anführt, paßt auf den vorliegenden Fall nicht, in welchem von einer auf zwei mit einander in keiner Verbindung stehenden Grundstücken eingetragenen Forderung die Rede ist.“ Auch die §§. 520—523. A. G. O. Th. I. Tit. 50., welche indessen nur im Falle des

Im Uebrigen aber spricht es auch von selbst, daß, wenn Jemand hinter einer gemeinschaftlichen Hypothek Kredit geben will, er sich am besten dadurch sichert, daß er seine Forderung auf sämmtliche, durch jene bereits vinkulirten Objecte eintragen läßt, insofern die einzelne Parzele in jeder Hinsicht ihn nicht deckt. Aus gleichem Grunde kann auch der Vorwurf unser hiesiges Hypotheken-Institut nicht treffen, daß es den Gläubiger gegen Zersplitterung nicht schütze, der Werth eines Guts aber wesentlich durch die Art und Weise der Zusammensetzung und durch die Verbindung der einzelnen Bestandtheile zu einander bedingt werde; denn durch die Vereinigung der einzelnen Theile auf ein Folium wird ein Ganzes gebildet, so lange die Parzellen mit seinem Konsens nicht vom Hauptfolio abgeschrieben sind, kann der Gläubiger entweder die Erwerber der Parzellen und den Besitzer des Gutsrestes zusammen, oder jeden Einzelnen nach seiner Wahl auf das Ganze belangen, er braucht daher die Parzellenbesitzer nicht einmal im Wege eines besondern Prozesses in Anspruch zu nehmen, und der Nachtheil würde am Ende grade nur den Parzellen-Erwerber treffen.[11]).

Wenn nun auf diesem Wege hauptsächlich die Siche-

Concurses entscheiden, setzen Grundstücke voraus, die mit einander in keiner Verbindung stehen, und daher verschiedene Folien haben.

[11]) Minist. Rescript vom 19. Juli 1833. J. B. Heft 83. S. 181—185. Der Werth des Gesetzes muß hier darin bestehen, daß es nach beiden Seiten hin dem Besitzer die möglichste Freiheit gewährt.

Digitized by Google

rung der nachstehenden Gläubiger gewährt werden kann, so ist auch 2) bereits in einem andern Gesetze in dieser Hinsicht eine Bestimmung zur möglichsten Sicherung des ferneren Real-Kredits für den Schuldner getroffen worden, nämlich durch den §. 23. der Verordnung über die Executionen in Civilsachen vom 4. März 1834. Nach dem §. 22. desselben erwirbt der Gläubiger durch solche Erkenntnisse Vergleiche und Zahlungs-Verfügungen, aus welchen eine Exekution stattfindet, einen Titel zum Pfandrechte auf die dem Schuldner zugehörigen Immobilien; nach §. 23. darf er aber, wenn der Schuldner mehrere Immobilien besitzt, und jener sich mit der Eintragung auf eines derselben nicht begnügen will, nur einen von ihm zu bestimmenden Theil der Forderung auf jedes Immobile eintragen lassen. Hier fand die Gesetzgebung besondere Veranlassung zu einer solchen Bestimmung, indem gerade durch den §. 22. das Grundvermögen der Vinkulirung durch Hypotheken sehr exponirt ist, ohne daß die Art und Weise derselben von der Willkühr des Besitzers abhängt. Wenn daher jene Bestimmung des §. 22. das Interesse der Gläubiger sehr gut wahrnimmt, und einer guten Exekutions-Ordnung entspricht, so erheischt doch auf der andern Seite die Fürsorge für die mögliche Freiheit des Grundbesitzes nicht minder eine besondere Berücksichtigung, die auch, so viel als möglich, eben durch den §. 23. und durch die Bestimmung des §. 22., daß die definitive Eintragung erst nach Ablauf der im Zahlungs-Befehle bestimmten Frist, so daß also der Schuldner noch Zeit zur Herbeischaffung anderweiter Deckungsmittel behält, erfolgen kann, beachtet ist.

Digitized by Google

§. 3.

Wenn der obige bestrittene Satz:

„ob ein Hypothekenschuldner sein Grundstück, auf welchem mehrere Posten eingetragen sind, ohne Einwilligung der postlozirten Gläubiger, zur ersten Stelle von Neuem verpfänden kann, wenn der erste dort eingetragene Gläubiger seiner Hypothek entsagt, aber die Forderung behält, und zwar deswegen, weil diese Stelle als ein selbstständiges dingliches Recht, dem Hypothekenschuldner schon durch die bloße Entsagung des Gläubigers wieder anheim gefallen ist;"

vorher blos in Beziehung auf das Hypotheken-System betrachtet ist; so fragt es sich hier noch, ob er auf das Recognitions-System Anwendung leiden könne? Diese Frage muß aber jedenfalls verneinend beantwortet werden. Denn nach dem Recognitions-System, welches auf den Vorschriften der Verordnung vom 16. Juni 1820 (Gesetz-Sammlung S. 106.) und auf den §. 8—12. des Patents vom 21. Juni 1825 (Ges. Samml. S. 153.) beruhet, wird nur eine Recognition über die erfolgte Prüfung und befundene Rechtsbeständigkeit des Titels, ingleichen über die Zeit der Anmeldung, unter dem Original-Instrumente, worin die Hypothek, oder das Real-Recht bestellt worden, ertheilt. Das Eigenthum des Verpfänders garantirt eine solche Recognition nicht, sondern verleiht dem Real-Gläubiger nur das Recht:

a) seine Ansprüche gegen dritte Besitzer zu verfolgen;

b) bei einem ausbrechenden Concurse, auf Ansetzung in die dritte Klasse nach dem Zeitpunkte der geschehenen Anmeldung anzutragen.

Digitized by Google

Hier fehlt es noch ganz an dem locus, und der Hypotheken-Titel hat durch Eintragung die Selbstständigkeit eines dinglichen Rechts noch nicht erworben. Erst wenn das Folium angelegt ist, erlangt die Forderung einen bestimmten locus, und wenn gleich der Richter die Eintragung nach dem Zeitpunkte der geschehenen Anmeldung vornehmen muß, so entscheidet doch, wenn dieses nicht befolgt ist, lediglich die aus dem Folio hervorgehende Ordnung.[12])

Auch der Anhang des §. 52. hat nur wirklich intabulirte Forderungen im Auge; und spricht von „ungelöschtem Hypothekenrechte." Noch deutlicher geht dieses aus dem Gutachten der Gesetzkommission vom 10. Juli 1802 (N. A. II. 457 sq. Raabe VII. 203.), woraus der §. 52. wörtlich entnommen ist, hervor. Die Gesetzkommission zeigt nämlich zuerst, daß zur Löschung einer durch Consolidation erloschenen Post die Production des Original-Schulddokuments erforderlich sey, wie bei der Eintragung der Cession, dieselbe ist sodann, bei der Erörterung des Falles, wenn derjenige, in dessen Person die Rechte des hypothekarischen Gläubigers und die Verbindlichkeit des Schuldners, oder das Eigenthum des zur Hypothek gesetzten Grundstücks sich vereinigt haben, nach dieser Vereinigung einem davon nicht unterrichteten Andern die eingetragene Schuldforderung abtritt, der Meinung, daß hier das A. L. R., welches die Lehre von der Confusion, oder Consolidation aus dem römischen

---

[12]) §. 30. Tit. 2. Hypotheken-Ordnung, §. 387. Tit. 50. Th. I. A. G. O. §§. 406—409. A. L. R. I. 20.

Rechte beibehalten habe, die Erlöschung nicht wirklich beabsichtige, und deduzirt, daß schon nach römischen Rechte dieserhalb eine Restitution zugelassen werde, wenn nicht durch deutliche Willens-Erklärung eine gänzliche Erlöschung eingetreten sey.[13]) Nicht weniger hat die Deklaration vom 3. April wörtlich nur Forderungen, die im Hypothekenbuche stehen, im Auge gehabt, indem eine nicht publizirte zweite an den Staatsrath gerichtete Kabinets-Ordre sich ausdrücklich dahin ausspricht:

„daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Forderung befriedigt, und diese Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, auch ohne förmliche Cession durch die bloße Quittung alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek erhalte.“ [14])

Wenn man nun auch aus diesen gesetzlichen Bestimmungen den Begriff der Hypothek als eines selbstständigen, von der Forderung unabhängigen, dinglichen Rechts glaubt herleiten und rechtfertigen zu können, so läßt sich dieses doch auf eine bloß rekognoscirte Forderung um so weniger anwenden, als dabej noch das

---

[13]) Die Stellen des römischen Rechts sind: C. 2. §. 15. 18. de hereditate vel actione vendita; L. 45. de condictione indeb. C. 1. Cod si antiquior creditor, und C. 3. Cod. de his, qui in prior.

[14]) Minist. Rescript vom 25. Februar 1833, wo durch eine äußerst scharfe und gediegene Deduction gezeigt ist, daß hier Hypothek auch in dem Falle, wenn der Eigenthümer der persönliche Schuldner ist, nicht blos die Hypothekenstelle bezeichnet.

Digitized by Google

ganze Recht in der Forderung selbst konzentrirt ist, und noch nichts mehr, als ein angemeldeter Hypotheken-Titel vorliegt. Hier kann daher lediglich das versicherte Recht, nicht aber der Ort des Vorrechts, weiter übertragen werden, denn, so wie hier durch Löschung kein locus zu vernichten ist, eben so wenig kann auch von den Wirkungen gesprochen werden, welche aus der nicht erfolgten Löschung des Vorrechtsorts, bei getilgter Forderung, entstehen können. Die Aufhebungsart des Rechts entspricht ganz der Entstehungsart desselben. Wenn nun gar ein Ministerial-Rescript vom 20. März 1826 die Frage verneint: ob der Eigenthümer über den Ort verfügen könne, wo eine Protestation, oder vorläufige Eintragung steht, deren Real-Recht und Zulässigkeit rechtskräftig verworfen wurde; so muß dieses gewiß auch von einer bloß rekognoszirten Forderung gelten.

Interessant kann diese Frage insbesondere alsdann werden, wenn dieselbe Forderung bei dem einen Gute bloß mit einer Rekognition versehen, auf dem andern wirklich eingetragen steht, letzteres zur Subhastation gezogen wird, und der Gläubiger aus dem Erlös dieser Hypothek nur hinsichtlich des Kapitals und der privilegirten Zinsen befriedigt wird. Er kann hier gerade dieser Befriedigungsart, und der Löschung der Hypothek nicht widersprechen; nun hat er aber auch noch die Zinsen von allen Jahren zu fordern, und der Schuldner erklärt sich in Beziehung auf die andere Hypothek damit einverstanden, daß die Zahlung aus den Kaufgeldern zunächst auf die Zinsen, und erst der Rest auf das

Digitized by Google

Kapital selbst angerechnet werden soll. Jetzt wird auch das Folium des andern Guts regulirt, und Gläubiger und Schuldner bestehen auf der definitiven Eintragung dieser Rest-Forderung nach dem Vorrange der ursprünglichen Anmeldung.

Es ist hierbei nun klar, daß die nachstehenden Gläubiger, denen bloß das letztere Gut verpfändet ist, auf eine bestimmte Verwendungsart des Erlöses aus dem andern Gute von vorneherein kein Recht haben, indem sie zu demselben in gar keinem Nexus stehen, der Gläubiger sogar auf die Hypothek darauf ganz verzichten konnte; allein es fragt sich, inwiefern sie sich darauf, als auf ein geschehenes Factum berufen, und daraus für sich Rechte herleiten können, daß der vorgehende Gläubiger in Folge des über das andere Gut verhandelten Subhastations-Verfahrens die empfangene Zahlung zunächst auf das Kapital selbst annehmen mußte? Ferner fragt es sich: ob der Gläubiger sich hier durch eine protestatio facto contraria helfen mußte und konnte, um die Bestimmungen des A. L. R. Th. I. Tit. 16. §§. 150. 151. 152. gegen sich in jener Beziehung unanwendbar zu machen. Im Uebrigen aber versteht es sich von selbst, daß diese civilrechtliche, definitiv nur im Wege des Prozesses, und zwar hauptsächlich aus den Bestimmungen des 16. Titels des A. L. R. Th. I. zu entscheidende, Frage, insofern sie lediglich aus dem Gesichtspunkte des Hypotheken-Instituts betrachtet wird, keine Schwierigkeiten macht, indem die Rechtssphäre der nachstehenden Hypotheken-Gläubiger auf

diese Weise nie verletzt werden kann, welches vielmehr nur alsdann geschehen würde, wenn auch gegen den Glauben ihres Folii der Betrag des Kapitals, oder der Zinsen der vorstehenden Posten zu ihrem Nachtheil erhöhet würde.[15])

---

[15]) Ministerial-Reskript vom 31. Mai 1834. J. B. Heft 86. S. 589 sq.

Digitized by Google

IX.

Welche Gesetze entscheiden nach den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts über die Intestaterbfolge in Immobilien?

Von

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Gustav Cappell**
in Hamm.

Die bedeutende Verschiedenheit unserer Provinzial-Gesetze und Statute in der Materie von der Intestaterbfolge, der durch die zerrissene Lage unseres Staates entstehende häufige Verkehr desselben mit den benachbarten Ländern, welche größtentheils abweichende Grundsätze in Beziehung auf die Intestaterbfolge aufstellen, verleihen der aufgeworfenen Frage ein großes praktisches Interesse. Dieselbe ist auch bereits verschiedentlich Gegenstand der Erörterung gewesen, ohne daß jedoch die Verhandlungen darüber als geschlossen betrachtet werden können. Ich wünsche nichts mehr, als daß der gegenwärtige Beitrag Veranlassung dazu geben möge, daß die aufgeworfene Frage noch mehr und gründlicher, als bisher geschehen, erörtert werde. Die meisten der mir bekannt gewordenen Stimmen entscheiden sich auf den Grund des §. 32. der

Einleitung zum A. L. R. dafür, daß die Intestaterbfolge in Immobilien nach den Gesetzen desjenigen Orts zu beurtheilen sey, wo die Immobilien belegen sind, also nach den sogenannten statutis realibus. cfr.:

Bielitz, Comment. zum Preuß. A. L. R. Bd. 1. S. 73.

Rinteln in v. Kamptz Jahrbüchern für die Preuß. Gesetzgebung u. s. w. Bd. 30. S. 89.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Civil-Rechts, Bd. 1. S. 203 ff.

Der Letztere, dessen Aeußerungen diesen Beitrag zunächst hervorgerufen haben, sieht nicht nur die von ihm aufgestellte Meinung für unzweifelhaft an, sondern hält dieselbe auch der Sache für so angemessen, daß er den Gegnern derselben Nichtbeachtung dessen, was dem wirklichen Zustande der Dinge gemäß ist, und Inconsequenz vorwirft.

In der juristischen Zeitung für die Preußischen Staaten pro 1833 Nr. 15. S. 349. dagegen wird die Ansicht vertheidigt, daß die Gesetze des letzten Wohnorts des Erblassers, also die sogenannte statuta personalia, bei der Intestaterbfolge in Immobilien zur Anwendung gebracht werden müssen. Schon ehe ich diesen Aufsatz gelesen, war ich derselben Ansicht, und zwar zum Theil aus andern Gründen, weßhalb ich glaubte, daß bei der sich mehrenden Zahl der Gegner, eine nochmalige Vertheidigung dieser Ansicht nicht überflüssig erscheinen möchte.

Der hier erwähnte Zwiespalt der Meinungen herrschte über denselben Gegenstand auch unter den Lehrern des gemeinen Rechts. Die ältere Praxis bezog den Grund-

Digitized by Google

satz: „immobilia reguntur statutis realibus“ fast allgemein auch auf die Intestaterbfolge in Immobilien. Jedoch schon lange vor Abfassung des A. L. R. fand die Ansicht, daß in Immobilien nach dem statutis personalibus succedirt werden müsse, bedeutende Vertheidiger, cfr.:

G. L. Menken de statutis civitatum provincialium in success. ab intest. ad bona etiam alibi sita extendendis. Lipsiae 1741.

Pufendorf, observat. juris univers. Tom. 1. obs. 28.,

und die neuern Schriftsteller des gemeinen Rechts erklären sich fast ohne Ausnahme dafür, z. B. Thibaut, Eichhorn, Glück, von Wening-Ingenheim ꝛc.

Im A. L. R. §. 32. der Einleitung heißt es, anscheinend im offenbaren Widerspruche mit dem zuletzt gedachten Grundsatze, ganz allgemein:

„In Ansehung des unbeweglichen Vermögens gelten, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers, die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet.“

Mit dieser Bestimmung wird Mancher die aufgeworfene Frage als zu Gunsten der Gegner beantwortet betrachten. Ich glaube indessen, daß sich dagegen Folgendes anführen läßt.

Das A. L. R. stellt in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte den Begriff einer universitas auf, als eines geschlossenen Ganzen, an dessen Befugnissen und Lasten die einzelnen darunter begriffenen Stücke Theil nehmen, und führt namentlich die Verlassenschaft

Digitized by Google

eines Verstorbenen als ein Beispiel einer solchen universitas oder, wie das A. L. R. sich ausdrückt, eines Inbegriffs von Sachen und Rechten, an.

Th. I. Tit. 2. §. 32 — 40.

Auch wird im §. 351. Tit. 9. ibid. noch besonders bemerkt, daß bei Erbschaften dasjenige Anwendung finde, was wegen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten überhaupt vorgeschrieben sey.

Es kann also nach den Grundsätzen des A. L. R. eine jede Sache in einem zwiefachen rechtlichen Verhältnisse stehen, je nachdem sie als einzelnes Individuum oder als Theil eines Inbegriffs in Betracht kömmt.

Von diesem Gesichtspunkte aus kann der allegirte §. 32. der Einleitung ganz wohl mit der oben ausgesprochenen Ansicht von der Intestaterbfolge in Immobilien bestehen. Es hat nämlich der §. 32. nur die Immobilien als einzelne Sachen, als Individuen zum Gegenstande, und läßt den Fall, wenn dieselbe als Theile eines Inbegriffs in Betracht kommen, ganz unberücksichtigt. Für diesen Fall sind vielmehr die allgemeinen Grundsätze im Tit. 2. §. 32 seq aufgestellt. Zwar gebraucht der §. 32. der Einleitung den Ausdruck: „unbewegliches Vermögen," und könnte daraus der Schluß gezogen werden, der Gesetzgeber habe hier die Immobilien als einen besondern geschlossenen Inbegriff behandelt. Allein dieser Ausdruck ist hier gewiß nur deßhalb gebraucht worden, weil in den Gesetzen manche Gegenstände, welche an sich nicht unbeweglich sind, zu den Immobilien gerechnet werden, und man deßhalb darauf Bedacht nehmen mußte, einen möglichst allgemeinen Ausdruck zu wählen.

Digitized by Google

Bei Gelegenheit der Bestimmungen über die Eigenthumserwerbung vermöge Erbrechts ist im A. L. R. des Falles nicht besonders gedacht, wenn der Erblasser Grundstücke unter der Herrschaft von Gesetzen hinterläßt, welche hinsichtlich der Erbfolgeordnung von denen seines Wohnorts abweichen.

Wenn aber im §. 320. Tit. 9. Th. 1. die Erbschaft eines Verstorbenen für einen Inbegriff erklärt, im §. 351 ibid. ausdrücklich auf die allgemeinen Grundsätze von einem Inbegriffe hingewiesen, und wenn im §. 367 ibid. bestimmt wird, daß die Erbschaft an demjenigen falle, welchen in Ermangelung rechtsgültiger Willenserklärungen die Vorschriften der Gesetze dazu berufen, so erscheint gewiß der Schluß gerechtfertigt, daß es dabei nur auf diejenigen Gesetze ankommen könne, welche für die Erbschaft als Inbegriff gelten, wozu auch die Immobilien als integrirende Theile gehören. Denn nach §. 36. Tit. 2. sollen alle einzelnen Theile eines Inbegriffs, wenn sie als solche in Betracht kommen, nach denselben rechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden, welche für den Inbegriff gelten. Es hätte daher, wenn davon in Ansehung der Immobilien eine Ausnahme gemacht werden sollte, solche ausdrücklich beigefügt werden müssen.

Eine Anwendung der hier vorgetragenen Ansicht findet sich auch wirklich in den Gesetzen. Im §. 78. des Anhanges zum §. 495. Tit. 1. Th. 2. des A. L. R. wird nämlich verordnet, daß die Succession der Ehegatten in das unbewegliche Vermögen nach den Gesetzen des letzten Gerichtsstandes beurtheilt werden solle, wenn

gleich es sich unter einer andern Gerichtsbarkeit befinde.

Rinteln und Bornemann wollen zwar diese Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel betrachtet wissen, welche durch eine besondere Berücksichtigung der Innigkeit des ehelichen Verhältnisses hervorzurufen sey. Allein geht man auf die Entstehungsgeschichte des §. 78. allegorisch zurück, so wird es ziemlich klar, daß man bei Abfassung desselben an die besondere Innigkeit des ehelichen Verhältnisses nicht gedacht, vielmehr nur auf allgemeine Grundsätze Rücksicht genommen habe.

Die Regierung zu Cleve fand in den Gesetzen nicht entschieden, welche Gesetze zur Anwendung zu bringen seyen, wenn ein Ehegatte unbewegliches Vermögen unter einer Gerichtsbarkeit hinterlasse, wo in Ansehung der Erbfolge unter Ehegatten andere Grundsätze gelten, als an seinem Wohnorte, und fragte deßhalb bei der Gesetz-Commission an. Diese sprach sich hierauf in einer unterm 20. Mai 1794 ergangenen Entscheidung dahin aus, daß in einem solchem Falle die Gesetze des Wohnorts zur Norm dienen müßten. Diese Entscheidung erhielt auch die landesherrliche Sanction, und wurde später in den Anhang zum A. L. R. aufgenommen. cfr.

Novum corpus constit. Tom. IX. No. 2. pag. 1825.

Hätte man den Fall durch §. 32. der Einleitung für entschieden gehalten, und davon eine Ausnahme für Eheleute feststellen wollen, so würde solches gewiß nicht unerwähnt gelassen seyn. In der Anfrage wird sogar ausdrücklich bemerkt, daß der vorgetragene Fall in den Gesetzen nicht entschieden sey, und diesem wird von der

Digitized by Google

Gesetz-Commission nicht widersprochen. Zwar galt zur Zeit der Anfrage das A. L. R. noch nicht als Gesetz; allein dennoch würde es wegen der bereits erfolgten Publikation desselben gewiß erwähnt worden seyn, wenn sich in demselben eine ausdrückliche Entscheidung des zur Anfrage Veranlassung gebenden Falles vorgefunden hätte.

Daß die ergangene Entscheidung der Gesetz-Commission später in dem Anhang zum A. L. R. aufgenommen wurde, mit dessen allgemeinen Grundsätzen dieselbe ganz übereinstimmt, ist dem Streben zuzuschreiben, alle einzelnen Fälle möglichst zu entscheiden. Am wenigsten kann man aber, wie Rinteln meint, die Bestimmung des §. 78. des Anhanges, als eine absichtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten ansehen; denn wenn sie diesem in einem Falle nützt, so kann sie ihm im andern eben so nachtheilig seyn.

Ein sehr erheblicher innerer Grund für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht liegt meines Erachtens darin, daß nirgends in unseren sonst an Casuistik so reichen Gesetzen ausgesprochen ist, in welchem Verhältnisse derjenige, dem nach den **statutis realibus** die Immobilien zufallen, zu demjenigen steht, der nach den **statutis personalibus** den ganzen übrigen Nachlaß erbt. Ist der erstere blos **successor singularis** oder **heres pro parte**?

In welchem Verhältnisse trägt er zu den Schulden des Nachlasses bei? Wo muß er, wenn man ihn überhaupt für verpflichtet hält, zu den Schulden beizutragen, belangt werden, im **foro hereditatis jacentis** oder im **foro rei sitae**? Wenn man ihn blos für ver-

Digitized by Google

pflichtet hält, die das unbewegliche Vermögen afsizirende zu berichtigen, welche gehören dahin?

Wenn gleich alle diese Fragen theoretisch sich ziemlich leicht beantworten lassen, weil der zu den Immobilien Berufene meines Erachtens nur als heres in re singulari, folglich als Legatar, zu betrachten seyn würde, so bleibt es doch auffallend, daß in den Gesetzen diese Fragen nirgends berührt werden.

Auch die allgemeine Gerichts-Ordnung erwähnt dieselben im Titel von Erbforderungen mit keiner Sylbe, obgleich sie dort von hohem Interesse wären. Möchte man sich durch die vorgetragenen Gründe auch nicht bestimmen lassen, der hier vertheidigten Ansicht beizutreten, so glaube ich doch den Vorwurf der Inconsequenz und der Nichtbeachtung dessen, was dem wirklichen Zustande der Dinge gemäß ist, welchen Bornemann den Vertheidigern dieser Ansicht macht, zurückweisen zu müssen. Ich glaube sogar, daß das von Bornemann aufgestellte Prinzip, wenn es wirklich das des A. L. R. seyn sollte, bei einer Revision der Gesetze verworfen, und das hier Vertheidigte angenommen werden müßte.

Bornemann setzt den Grund seines Tadels darin, daß eine unbewegliche Sache niemals reell, sondern immer nur mittelst einer der Wirklichkeit widersprechenden Fiction dem foro rei sitae und den Realstatuten entzogen, und den Personalstatuten unterworfen werden könne.

Dieser Tadel, der übrigens die Anwendung der statuta personalia auf auswärts belegene bewegliche Sachen nicht minder treffen würde, muß indessen schon

bei der Betrachtung verschwinden, daß bei der Intestaterbfolge das dingliche Verhältniß der einzelnen Gegenstände des Nachlasses durchaus zurücktritt gegen das persönliche Verhältniß zwischen dem Erblasser und dessen Erben. Die Intestaterbfolge ist, wie Thibaut in seinen Vorlesungen über die Pandekten sich ausdrückt, ein präsumirtes Testament, welches das Gesetz für den Verstorbenen nach dessen wahrscheinlichen Willen errichtet. Ist diese Ansicht richtig, wie nicht leicht Jemand läugnen wird, so muß man auch zugeben, daß bei der Intestaterbfolge überhaupt nur die Gesetze des letzten Wohnortes des Erblassers berücksichtigt werden dürfen; denn nur von diesen kann man vermuthen, daß der Erblasser sie gekannt, und vorausgesetzt hat, daß sie auf seinen Nachlaß Anwendung finden würden. Wendet man dagegen auf die Immobilien die Gesetze des Orts an, wo sie liegen, so widerspricht man gewiß häufig der Wirklichkeit, und fingirt einen Willen, der gar nicht vorhanden war.

Der Gesetzgeber muß aus dem angeführten Grunde bei Feststellung der Intestaterbfolge auf die volksthümlichen Ansichten von der Innigkeit der verschiedenen verwandtschaftlichen Verhältnisse Rücksicht nehmen, und demgemäß die Erbfolgeordnung bestimmen. Darf der Gesetzgeber bei der Erbfolge in Grundstücke eine andere verwandtschaftliche Liebe vermuthen, als bei dem übrigen Vermögen? In den Preußischen Gesetzen wird die Liebe der Kinder zu den Aeltern für so überwiegend gehalten, daß diese allein zu der Erbschaft der Kinder berufen werden. Sollte der Gesetzgeber mit Recht annehmen

dürfen, daß in Ansehung der Immobilien diese Vermuthung nicht durchgreifend sey? Dies müßte er nach dem Prinzip der Gegner nothwendig thun, denn in vielen benachbarten Ländern concurriren die Geschwister mit den Eltern, werden also häufig auch in Preußen, wenn nach den statutis realibus die Succession bestimmt wird, bei auswärts belegenen Immobilien mit den Eltern zugleich erben. Ja sogar derjenige Erbe, wovon der einheimische Gesetzgeber vermuthet, daß der Erblasser ihn am meisten geliebt, wird in der Regel am schlechtesten wegkommen, weil er alle persönlichen Schulden allein übernehmen muß, und der unberufene Immobiliar-Erbe mit dem besten Theile sorglos davon geht, so wahrscheinlich es auch ist, daß der Erblasser ihm nichts hat zuwenden wollen.

Höchst unbillig ist ferner der Grundsatz, daß die Immobilien nach den statutis realibus vererbt werden, für die Gläubiger des Erblassers. Dieselben haben es nicht nur mit mehreren Erben zu thun, sondern müssen auch dem Erben der Immobilien zu seinem persönlichen oder zu dem dinglichen Gerichtsstande der ererbten Grundstücke folgen. Wie schwer ihnen dadurch häufig die Rechtsverfolgung erschwert werden wird, ist leicht einzusehen. Auch können die blos persönlichen Gläubiger den Erben der Immobilien immer nur subsidiarisch angreifen, wenn gleich der Erblasser den ihm gegebenen Kredit vielleicht allein seinen Grundstücken zu verdanken hatte.

Selbst auf die Lehre von den Testamenten äußert die strenge Durchführung des Prinzips: „immobilia reguntur statutis realibus“ den nachtheiligsten Ein-

Digitized by Google

fluß. Jeder Testator wird bei Anfertigung seines Testaments genug zu thun glauben, wenn er Form und Inhalt den Gesetzen seines Landes gemäß einrichtet. Dies ist aber nach jenem Prinzip nicht hinreichend. Vielmehr muß das Testament in Form und Inhalt auch denjenigen Gesetzen entsprechen, unter deren Herrschaft die Immobilien belegen sind. Denn nach §. 32. der Einleitung kann es nicht bezweifelt werden, daß beim Erwerbe eines Grundstückes auch in Ansehung der Form nicht die Gesetze des Errichtungsortes der Urkunde, sondern die Gesetze des fori rei sitae beobachtet werden müssen. Ein unter der Herrschaft der französischen Gesetze wohnender Erblasser muß daher, wenn er unter der Herrschaft des A. L. R. Grundstücke besitzt, dessen Vorschriften in Ansehung der Form seines Testaments beobachten, obgleich ihm seine Justizverfassung nicht einmal Gelegenheit dazu darbietet, und er in Ansehung seines übrigen Nachlasses ganz andere Formen zu beobachten hat.

Der hiesige Erblasser, der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts Grundstücke besitzt, muß alsdann in Ansehung seiner Notherben ganz andere Verpflichtungen erfüllen, als diejenigen sind, welche ihm das A. L. R. auflegt, oder er steht in Gefahr, daß der vielleicht bedeutendste Theil seines Nachlasses Erben zufällt, denen er nicht wohl will. Nach den Grundsätzen des A. L. R. kann der übergangene Notherbe immer nur seinen Pflichttheil verlangen, nach den Grundsätzen des römischen Rechts dagegen wirft er das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung ganz um, im hier gedachten Falle also wenigstens in Ansehung der auswärts belegenen Immobilien.

Digitized by Google

Aus diesen kurzen Bemerkungen erhellet gewiß hinreichend, welche unangenehme Folgen die Anwendung der Realstatuten auf die Intestaterbfolge nach sich zieht, und wie wünschenswerth es auch in praktischer Hinsicht seyn würde, das entgegengesetzte Prinzip in den Gesetzen ausgesprochen zu sehen.

Schließlich mag noch die Bemerkung hier Platz greifen, daß unsere deutschen Vorfahren trotz der großen Bedeutung, die sie bekanntlich dem Grundbesitz belegten, doch das persönliche Verhältniß noch weit höher achteten. Dies spricht sich darin aus, daß im frühern Mittelalter die deutschen Volksrechte keine Territorialgesetze, sondern blos persönlich waren, d. h. das salische Volkrecht kam auf den salischen Franken auch dann zur Anwendung, wenn er unter den Burgundern lebte und so umgekehrt. Nur die Abstammung entschied über das Gesetz, nach welchem man beurtheilt wurde, nicht der Grund und Boden, wo man sich aufhielt.

Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 46.
v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, 2. Ausg. Bd. 1. S. 116 folg.

Dieser Grundsatz wurde auch bei der Erbfolge und bei der Erwerbung von Grundstücken angewendet.

v. Savigny a. O. 169. 170.

Wir werden uns daher nicht zu schämen haben, einer Fiction uns schuldig zu machen, worin unsere deutschen Vorfahren, so sehr sie auch sonst bei der Wirklichkeit stehen blieben, uns mit einem weit auffallenderen Beispiele vorangegangen sind.

Digitized by Google

X.

Ueber Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen.

Erster Beitrag:

Verbindlichkeit des Colonats-Auffolgers zur Abtragung der Schulden und Zahlung der Abfindungen, in besonderer Rücksicht auf Uebertragsverträge.

Von

Herrn Hof-Gerichts-Assessor **Piners** in Arnsberg.

Einleitung.

Nach den kürzlich im Druck erschienenen Verhandlungen des vierten Westphälischen Landtages S. 26. steht die Erlassung eines Successionsgesetzes für bäuerliche Besetzungen ziemlich nahe bevor. Die Stände haben bei den Berathungen über einen ihnen vorgelegten Entwurf die Grundsätze angedeutet, die nach ihrer Ansicht bei Erlassung des Gesetzes zu befolgen seyn dürften. Das Verlangen der Colonatsbesitzer nach einem solchen Gesetze ist allgemein, sey es nun, daß man sich ungern von den Gesetzen

Digitized by Google

der Väter und uraltem Herkommen trennt, oder daß man die Nachtheile der jetzigen Gesetzgebung aus der Erfahrung kennen gelernt hat.

Das Streben derselben durch Gutsübertragungen bei Lebzeiten die Theilung abzuwenden, und die das Gut erdrückenden Pflichttheilsgesetze zu umgehen, ist täglich im Zunehmen begriffen, und selbst da, wo die Eltern vom Tode übereilt werden, wissen doch gemeinhin die Kinder deren vermutheten Willen und das alte Herkommen heilig zu halten.

Soll jede Intestaterbfolge auf dem vermutheten Willen des Erblassers beruhen, so ist nichts gewisser, als daß sich die jetzige Gesetzgebung sehr davon entfernt hat; es erscheint nichts billiger, als der allgemeinen Sitte und Gewohnheit sich wieder zu nähern, und den Colonatsbesitzern durch zweckmäßige Gesetze das zu gewähren, was sie gegenwärtig auf Umwegen, nicht ohne große Kosten, zu erreichen suchen.

Die Gesetzgebung hat aber gerade hier ein sehr verzweifeltes Problem zu lösen; der gutsherrliche Verband in seiner alten Bedeutung ist gänzlich zerstört, die Beschränkungen in den Dispositionsbefugnissen der Colonatsbesitzer sind hinweggenommen, es ist ihnen Eigenthum mit allen Folgen gegeben; es darf aber, ohne Widerspruch zu befürchten, behauptet werden, daß die frühere Successsion lediglich auf den hinweggeräumten Grundlagen beruhte. Die Gesetzgebung hat sich die Aufgabe gestellt das Alte mit dem Neuen zu verbinden, und wir müssen von der Erfahrung leider noch die Auskunft erwarten,

Digitized by

ob ein Zweig dem entstorbenen Baume entnommen, auf dem jungen Stamme gedeihen wird.

Zur Beurtheilung dieses Gegenstandes sollen in der gegenwärtigen Zeitschrift einige Beiträge geliefert werden.

Um dabei von dem Bestehenden auszugehen, erörtert der erste Beitrag, der hier vorgelegt wird, die Rechtsverhältnisse der Geschwister des Colonatsauffolgers und der Gläubiger des Vorbesitzers nach der jetzigen Gesetzgebung, vorzüglich in Bezug auf Colonatsübertragungen.

Der zweite wird die Succession bei fortbestehendem Heimfallsrechte nach der Königlichen Kabinets-Ordre vom 24. November 1833, der dritte, nebst einer geschichtlichen Einleitung über das frühere Recht, die Prüfung der bisher bekannt gewordenen Vorschläge für Erbfolgeordnungen in Colonatgüter zum Gegenstande haben.

Nur die Liebe zum Gegenstande läßt mich eine so schwierige Arbeit versuchen; obwohl ich die Materialien dazu größtentheils gesammelt habe, so werde ich den Gegenstand der Abhandlung mit Freuden andern Händen übergeben.

Daß die Ansichten, die ich mir von der Sache gebildet habe, in vielen Punkten irrig sind, oder einer Berichtigung bedürfen, daran zweifele ich durchaus nicht.

Vielleicht wird aber hin und wieder eine Bemerkung gegründet befunden, und ist dies nicht der Fall, *) so wird ja grade die Aufdeckung der Irrthümer, worin ich gerathen bin, mir und Andern zur Belehrung dienen.

---

*) Pure angeborne Bescheidenheit unseres verehrten Freundes.
A. d. R.

Digitized by Google

Zur Vermeidung von Mißverständnissen muß ich hier die Bemerkung vorausschicken, daß ich die Ansichten eines hochgeschätzten Schriftstellers (Dr. P. Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey, Leipzig 1832) über die Veränderungen, welche die bekannten neuern Gesetze auf die gutsherrlichen bäuerlichen Verhältnisse hervorgebracht haben, gar nicht theilen kann. Er stellt im zweiten Buche seines Provinzialrechts (1. Bd. S. 67.) den Satz an die Spitze:

„Im Fürstenthum Paderborn bestehen die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse so, wie sie vor Einführung der fremden Verfassung und Gesetzgebung bestanden, in so fern nicht seit der mit dem Dekret vom 25. Januar 1808 beginnenden Königlich-Westphälischen Gesetzgebung Abänderungen getroffen sind, welche das Königlich Preußische Gesetz vom 21. April 1825 und die Ablöseordnung vom 13. Juli 1829 bestätigen und in so fern diese Gesetze nicht selbst etwas Anderes bestimmt haben."

Dieser Satz kann nur mit der Modifikation zugegeben werden, daß durch Einführung des Code Civ. selbst eine Menge Veränderungen erzeugt sind, weil er bekanntlich in allen Materien, worüber er Bestimmungen enthält, keine Provinzialgesetze neben sich duldete.

Wie der Herr Verfasser den Satz versteht, ergiebt sich aus Folgendem:

„Nach §. 10. muß jeder Meier, welcher das Gut antritt, sich bemeiern lassen, und einen schriftlichen Meierbrief empfangen. Nach §. 30. wird nur durch Bezahlung des Laudemii und den Empfang des Meier-

Digitized by Google

briefs das nutzbare Eigenthum erworben. Nach §. 53. gelten nicht blos da, wo das Heimfallsrecht besteht, sondern ganz allgemein die früheren Successionsgrundsätze, und also auch nach §. 68 ff. die früheren Gesetze über Brautschätze und Abfindungen, im §. 93. und 106 ff. ist das alte Recht von den Mahljahren und der Leibzucht aufgenommen; nach §. 128. tritt noch die Abmeierung in den früheren Fällen ein."

Diese Ansichten sind mit großer Gewandtheit im II. Bande S. 423 — 460. entwickelt und näher begründet. Daß sie den bisher gangbaren und auch von unserem höchsten Gerichtshofe angenommenen Grundsätzen widerstreiten, ist bekannt; auch würden wir, bei deren vorausgesetzten Richtigkeit durchaus keiner neuen Erbfolgeordnung für Colonate bedürfen, da die früheren Gesetze ja noch in ihrer vollen Kraft wären. Die Widerlegung dieser Ansichten erfordert auf jeden Fall eine umfassendere Arbeit, denn mit einigen allgemeinen Bemerkungen lassen sie sich so wenig abfertigen, als sie der Verfasser in dieser Art begründet hat. Ich gehe hier von den gangbaren Ideen aus.

Digitized by Google

§. 1.

So weit unsere rechtshistorischen Nachrichten reichen, finden wir in Deutschland die Sitte, das Gut bei Lebzeiten abzutreten, oder doch den Auffolger durch Mitaufnahme in die Gemeinschaft zu ernennen.[1])

Bei Colonatgütern war die Ernennung des Successors in dieser Art bis zur neuesten Zeit sehr im Gebrauch, und häufig um so beliebter, als man durch Uebertragungen bei Lebzeiten der Erbtheilung mit dem Gutsherrn zu entgehen wußte.[2]) Diese Gutsübertragungen wurden aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Erbfolge betrachtet;[3]) wie weit aber dadurch der Auffolger für die Schulden seines Vorgängers verhaftet wurde, läßt sich nicht durch Aufstellung allgemeiner Grundsätze beantworten. Bekanntlich zahlte, so lange das Stammgutssystem in Deutschland noch bestand, der Erbe nicht weiter die Schulden seines Erblassers, als die fahrende Haabe reichte,[4]) und als nach langen Kämpfen endlich auch das Stammgut zum Gegenstand des freien Verkehrs gemacht wurde, drang der römische Grundsatz der successio universalis, und der damit verbundenen

---

[1]) Vergleiche deutsche Staats- und Rechtsgeschichte von Eichhorn §§. 373. 374. 455. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 401.

[2]) Rive über das Bauerngüterwesen, Köln 1824 S. 288 ff.

[3]) Runde Privatrecht §. 521. Eichhorn Privatr. §. 365.

[4]) Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte §. 375. 456. Mittermaier Priv. Recht §. 415.

Digitized by Google

Verpflichtung, in alle Verbindlichkeiten des Erblassers eintreten zu müssen, durch. Inzwischen konnte bei der Succession in Bauerngüter sich jene römische Lehre nicht überall Eingang verschaffen; da, wo Erbrecht und Eigenthum der Besitzer nicht in Frage gestellt war, drang sie schon sehr früh durch [5]) und erst hinterher bemühte sich die Gesetzgebung, zum Theil mit wenigem Erfolge, ihr Schranken zu setzen.

So lange dagegen bei andern Gütern das Erbrecht der Colonen nicht feststand und der Gutsherr den Nachfolger nur ex nova gratia aufnahm, sprach es von selbst, daß letzterer nicht als Gutsnachfolger, sondern nur als Besitzer des peculii, was er von seinem Vorgänger erhielt, haften durfte; als späterhin das Erbrecht sich befestigte, war auch die Gesetzgebung mächtiger geworden, und nur hin und wieder wurde die Verpflichtung des Auffolgers, für alle persönlichen Schulden seines Vorgängers zu haften, unbedingt anerkannt, während regelmäßig die Sorge für die Erhaltung des Colonats, die Rücksicht auf landesherrliches und gutsherrliches Interesse allerlei Unterscheidungen herbeiführte, worin die verschiedenen Provinzialgesetze sehr von einander abweichen.

Man bestimmte z. B. die Haftbarkeit darnach, ob die Schulden gutsherrlich consentirt waren, ob eine versio in das Gut nachgewiesen werden konnte, ob

---

[5]) Vergl. in Betreff der Hobsgüter Dr. Sommer Handbuch über bäuerliche Rechtsverhältnisse 1. Theil S. 340. bis 356.

Digitized by Google

der successor in praedio auch successor in peculio geworden u. s. w.[6])

§. 2.

Diese und andere Unterscheidungen haben ihre Gültigkeit verloren; denn da, wo die Gesetze dem Colonen das volle Eigenthum beilegen, und den Gutsherrn zum Realberechtigten machen, stellt ihn dies Eigenthum von selbst schon unter das gemeine Recht; und selbst da, wo ihm nur das nutzbare Eigenthum gegeben ist, darf er dies ohne gutsherrlichen Consens mit Schulden belasten.[7]) In wie weit der Gutsnachfolger diese Schulden zahlen muß, kann sich nur nach unseren allgemeinen Gesetzen entscheiden lassen.

§. 3.

Hat der Gutsnachfolger das Colonat durch Erbgang erhalten, so bieten sich in der Anwendung unserer

---

[6]) Ueber die verschiedenen Gesetze und Observanzen vergleiche: Wigand Provinzialrechte von Paderborn und Corvei I. Th. S. 127. 157. Osnabrückische Eigenthumsordnung vom 25. April 1722 (Wigand Band III. S. 144.) Cap. 4. §. 9. 10.

Minden-Ravensbergische E. O. Cap. X. §. 2. (das. S. 123.)

Münsterische E. O. vom 10. Mai 1770 Theil III. Tit. 5. 6. (Schlüter Prov. Recht I. Bd. S. 257.)

Münsterische Erbpachtsordnung vom 21. Septbr. 1783 §. 173—183. (das. S. 339.)

Vestische Eigenthumsordnung vom Jahre 1783. §. 74. 75. (Schlüter III. Th. S. 224.)

[7]) Vergl. Gesetz vom 21. April 1825 für das ehemalige Königreich Westphalen §. 30—36.

Digitized by Google

allgemeinen Gesetze keine Schwierigkeiten dar. Sind mehrere Erben vorhanden, und wird von diesen das Gut einem übertragen, so wird man unterscheiden müssen,

a) ob der Gutsnachfolger nicht blos das Colonat, sondern auch, wie es sehr gebräuchlich ist, die ganze Erbschaftsmasse mit Rechten und Verbindlichkeiten unter Stipulation einer bestimmten Abfindung übertragen erhalten hat. Ein solches Geschäft hat, weil der ganze Nachlaß hier zusammen bleibt, offenbar nicht die Natur einer Erbtheilung, sondern die eines Erbschaftsverkaufes, denn ob eine Erbschaft an einen Fremden, oder an einen Miterben verkauft wird, kann keinen Unterschied machen.[8]) Die Haftbarkeit des Gutsübernehmens und seiner Miterben bestimmt sich also nach den im A. L. R. I. 11 §. 463 ff. beim Erbschaftskaufe aufgestellten Grundsätzen.[9])

---

[8]) Es kommt hier allerdings sehr viel auf die Fassung des Vertrags an. Indeß wird sich die Frage, ob ein Erbschaftskauf vorliege, mit Leichtigkeit nach den im A. L. R. I. 11. §. 447—450. enthaltenen sehr klaren Vorschriften entscheiden lassen.

[9]) A. L. R. I. 11. §. 462.; „Das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatarien wird durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert."

§. 463.: „Es steht denselben frei, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft oder an den Erben selbst zu halten."

Diese Bestimmungen scheinen klarer, wie sie es wirklich sind, denn bei näherer Betrachtung dürften sich in deren

Digitized by Google

b) Hat dagegen der Auffolger das Colonat von seinen Miterben nur als ein einzelnes Nachlaßstück

---

Anwendung viele Schwierigkeiten ergeben. Das Gesetz unterscheidet zwischen Erben ohne und mit Vorbehalt nicht, muß also in gleicher Weise auf beide angewandt werden. Nach dem A. L. R. I. 9. §. 418. 419. muß derjenige, welcher eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, für alle daran zu machenden Forderungen haften, und er kann sich mit dem Einwande, daß die Schulden das Aktivvermögen der Erbschaft übersteigen, niemals schützen. Hat also ein Erbe ohne Vorbehalt den Nachlaß verkauft, so kann der Erbschaftsgläubiger den Erben und den Ankäufer der Erbschaft ohne Schwierigkeit in Anspruch nehmen. Nicht so leicht stellt sich die Sache bei einem Benefizialerben heraus, welcher für alle an den Nachlaß zu machenden Forderungen nur so weit haftet, als das Vermögen des Nachlasses hinreicht. Will der Erbschafsgläubiger hier gegen den Erben klagen, so geht dies bis zum Erkenntnisse ebenfalls gut von statten; der Benefizialerbe wird zur Zahlung der Schuld nach dem A. L. R. I. 9. §. 422. verurtheilt. Nun aber kommt die Exekution!

Nach der A. G. O. I. 24. §. 18. 19. mußte der Exekutionssucher die Regulirung des Nachlasses abwarten, die Erbschaftsgläubiger konnten aber nach der A. G. O. I. 51. §. 59—61. den Erben zu dem Antrage auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprocesses vermögen, wenn er sich seines beneficii nicht verlustig machen wollte. Allein wenn ein Benefizialerbe, welcher den Nachlaß verkauft hat, auf Eröffnung des Liquidationsprocesses anträgt, so fehlt es an einer Masse, die unter die Gläubiger vertheilt werden kann; diese muß also erst herbeigeschafft werden. Gegen den Erbschaftskäufer kann das gegen den Erben

Digitized by Google

erworben, so müssen die einzelnen Erben für die Nachlaßschulden nach dem A. L. R. I. 17. §. 131 ff.,

---

ergangene Erkenntniß nicht vollstreckt werden, und so ist kein anderes Mittel vorhanden als, den Werth des Nachlasses durch Taxation zu finden; aber nicht alles, was zum Nachlasse gehört, läßt sich taxiren, z. B. nicht streitige und unsichere Forderungen, am wenigsten Rechte aus Verträgen, welche nicht grade auf eine Geldsumme gehen. Die Sache kann aber noch verwickelter werden. Denn nicht blos eine ganze Erbschaft, sondern auch ein Theil derselben kann Gegenstand des Erbschaftskaufes seyn. A. L. R. I. 11. §. 447. Wenn nun bei ungetheilter Erbschaft mehrere Benefizialerben vorhanden sind, und nur einer sein Erbschaftsrecht verkauft hat, auf welche Weise will der Gläubiger seine Rechte gegen den Erbschaftsverkäufer ohne Zuziehung des Käufers geltend machen? Nach dem A. L. R. I. 17. §. 127. muß er gegen alle Erben zusammen auftreten, weil keiner über den Nachlaß einseitig verfügen und ihm daraus seine Befriedigung verschaffen kann; belangt er den Erbschaftskäufer nicht, so erhält er zwar unfehlbar nach dem A. L. R. I. 11. §. 462. gegen den Verkäufer und seine Miterben ein Erkenntniß; will er aber aus dem Nachlasse seine Befriedigung suchen, so wird der Käufer interveniendo auftreten, sich auf sein Miteigenthum berufen, und vorschützen, daß gegen ihn kein Judikat ergangen ist. Es bleibt ihm also nichts übrig, als seine Klage gegen den Erben und Erbschaftskäufer zu richten. Das Gesetz vom 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen §. 2. verstattet zwar bis dahin, wo der Antrag auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprocesses unter Einreichung des Inventars wirklich gemacht ist, die Execution in den Nachlaß; allein diese heilsame Vorschrift gewährt

je nachdem die Bekanntmachung an die Gläubiger erfolgt ist, oder nicht, pro rata oder solidarisch haften.

§. 4.

Eine genauere Betrachtung verdient aber die Frage, in welches Rechtsverhältniß der Gutsübernehmer zu den Gläubigern und abzufindenden Kindern des Colons tritt, wenn ihm dieser das Gut bei Lebzeiten übertragen hat?

---

um deswillen hier keine Hülfe, weil der Erbschaftskäufer immittelst das Eigenthum des Nachlasses erworben hat. A. L. R. I. 11. §. 474.

Man könnte versucht werden, den Kaufpreis, den der Erbe für den Nachlaß erhalten hat, an die Stelle des Nachlasses zu setzen, und hierin die Vollstreckung der Exekution zu verstatten; allein abgesehen von andern Gründen, wäre hiermit den Erbschaftsgläubigern sehr schlecht geholfen. Eine Erbschaft, deren Activmasse 10,000 Thaler beträgt, worauf aber 9000 Thaler Passiva haften, wird höchstens zu 1000 Thalern verkauft, und diese reichen zur Bezahlung der Schulden nicht weit. Es ist also sehr leicht gesagt, daß durch den Verkauf der Erbschaft die Rechte der Gläubiger gegen den Erben nicht geändert werden; in der Anwendung zeigen sich die Schwierigkeiten. Sollte das A. L. R. hier keiner Abänderung bedürfen? Da bei Benefizialerben die Verbindlichkeiten nicht den Erben berühren, sondern auf dem Nachlasse lasten, so könnte man vielleicht feststellen, daß die Gläubiger sich an den Erbschafskäufer halten müßten, daß aber der Erbe für alle nachtheiligen Dispositionen, die der Käufer mit der Masse vornehme, verhaftet werde. Die Bestimmungen des A. L. R. blieben alsdann nur bei Erben ohne Vorbehalt bestehen.

Digitized by

In Bezug auf Schulden und Lasten, welche durch Eintragung ins Hypothekenbuch gesichert sind, oder deren nicht bedürfen, versteht es sich von selbst, daß sie zwar nicht als persönliche Schuld auf den Uebernehmer des Guts übergehen, daß aber der Realberechtigte oder Hypothekengläubiger gegen ihn als Besitzer der Sache seine Rechte verfolgen kann. A. L. R. I. 20. §. 429 ff. A. G. O. I. 50. §. 58.

Nicht minder unbedenklich ist es, daß der Successor in das Gut, als solcher, nie für die persönlichen Schulden seines Antecessors zu haften braucht, wenn er in dem Vertrage sie nicht ausdrücklich übernommen hat.

Freilich können die Gläubiger durch solche Uebertragungen sehr gefährdet werden, allein diese Gefahr tritt bei allen Dispositionen eines Schuldners über sein Vermögen ein, und hat bei Uebertragsverträgen nichts Besonderes. Die Gesetze haben für das Interesse der Gläubiger durch die in der A. G. O. I. 50. §. 42—60. enthaltenen Bestimmungen gesorgt, ob zureichend oder nicht, dürfte bei der Revision unserer Gesetze zu erwägen seyn.

§. 5.

Die Fälle, wo der Besitzer eines Colonatguts dasselbe an eins seiner Kinder oder an einen Dritten abtritt, ohne den Uebernehmer zur Uebernahme seiner persönlichen Schulden zu verpflichten, sind aber nach der Erfahrung verhältnißmäßig sehr selten. Redlichkeit, und vielleicht noch mehr das Andenken an früheres Recht läßt den Gedanken nicht aufkommen, daß man das Gut ohne die Schulden übertragen könne. Der Colon, welcher sein Gut

abtreten will, hat es selbst, wie es in der früheren Bauernsprache heißt „mit Lust und Last“ „mit Schuld und Ungeduld“ von seinem Vater übernommen, und so will er es auch seinem Sohne wieder übergeben.

Am häufigsten finden wir also Uebertragsverträge, worin das ganze Vermögen abgetreten wird, unter der ausdrücklichen Verpflichtung, alle Schulden zu übernehmen; oder es bildet zwar nur das Gut für sich den Gegenstand des Vertrags, es wird aber ein Verzeichniß der von dem Nachfolger in das Gut zu übernehmenden Schulden beigefügt.

Das A. L. R. I. 11. §. 602—604. sieht Verträge, worin ein Altentheil bestimmt wird, lediglich als solche an, worin das Eigenthum unter Lebenden übertragen wird, enthält aber außer der Vorschrift, daß der Altentheil gerichtlich regulirt werden soll, und der Richter darauf zu achten habe, daß der neue Besitzer nicht übermäßige Vortheile einräume, keine weiteren Bestimmungen.

Die Rechtsverhältnisse, worin der Gutsübernehmer durch den Vertrag zu dritten Personen tritt, können also nur nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden.

Das A. L. R. I. 5. §. 74. 75. verordnet: [10])

---

[10]) Vergleiche hierüber:

Oswald in Simons und v. Strampffs Zeitschrift II. Bd. S. 262.

Simons und v. Strampffs Rechtssprüche III. Bd. S. 166 ff.

Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen enthält die Note 2. daselbst einen sehr interessanten Auszug aus den Materialien des A. L. R.

Digitized by Google

§. 74. „Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrags seyn.“

§. 75. „Der Dritte aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptpartheien beigetreten ist.“

An einen solchen Beitritt der Gläubiger und der abzufindenden Kinder wird fast nie gedacht, und täglich sehen wir Klagen, die Gläubiger und Kinder des Vorbesitzers gegen den Gutsnachfolger anstellen. Man spricht von einem Beitritte zu dem Vertrage, der durch die Klage erfolge; aber mit Recht wird hiergegen in dem in Simons und von Strampffs Rechtssprüchen III. Bd. S. 170. abgedruckten Erkenntnisse des geheimen Ober-Tribunals bemerkt, daß das Gesetz einen Beitritt mit Bewilligung der Hauptpartheien erfordere, den gewiß Niemand in Anstellung einer Klage finden wird.

Dagegen scheint sich die Praxis mit mehr Grund auf den Anhang §. 19. zum A. L. R. I. 11. §. 646. zu berufen. Nachdem in den §§. 640 — 646. von dem Rechte der Gläubiger einen zu ihrem Nachtheile geschlossenen Leibrentenvertrag anzufechten, gehandelt ist, wird der Anhang §. 19. eingeschoben, welcher wörtlich so lautet:

„Diese Vorschriften §. 641 — 646. können auf den Fall, wo ein ganzer Vermögensinbegriff durch einen Vitalizien- oder Alimenten-Contrakt übertragen wird, nicht ausgedehnt werden, vielmehr gilt für diesen Fall der Grundsatz, daß unter Vermögen nur

dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden kann."

Der Anhang ist aus einer Entscheidung der Gesetzcommission vom 11. Januar 1796 [11]) genommen, welche auf Anfrage der ehemaligen Cleve-Märkischen Regierung zu Hamm erlassen wurde.

Der der Gesetzcommission zur Entscheidung vorgelegte Fall war folgender:

Ein Bürger in der Grafschaft Mark hatte an einen andern im Jahre 1789 sein gesammtes Vermögen, unter der Verpflichtung, ihn zu alimentiren, übertragen. Nach dem Tode des Ersteren trat ein Gläubiger desselben gegen den Uebernehmer des Vermögens auf, und verlangte die Bezahlung einer Schuld.

Die Cleve-Märkische Regierung hielt den Fall für sehr bedenklich und legte ihn zur Entscheidung vor.

Die Gesetzcommission entschied wörtlich:

„daß Derjenige, welchem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalizien- und Alimenten-Contrakt übertragen worden, für alle vorher kontrahirten Schulden Desjenigen, von welchem er das ganze Vermögen erhält, insofern haften müsse, als dies Vermögen zur Bezahlung der Schulden hinreicht."

Es wird bemerkt, daß der zur Entscheidung vorgelegte Fall älter sey, als die Gesetzeskraft des A. L. R., daß aber auch in Ansehung späterer Fälle eben diese Vorschrift Anwendung finde.

---

[11]) Eisenbergs und Stengels Beiträge S. 280—286.

Digitized by Google

Hieraus ist der Anhang §. 19. entstanden. Daß dieser also den Gläubigern ein Klagerecht einräumt, kann nach der Quelle woraus er genommen ist, nach der Stellung und Fassung nicht bezweifelt werden.

Auch scheint der Uebertrag eines Colonats unter Vorbehalt eines Altentheils unter den, im A. L. R. übrigens nicht aufgestellten, Begriff eines Vitalizien- und Alimenten-Contrakts zu fallen.

Vergl. l. 11. §. 595—605.

So wenig also auch der gedachte Anhang zu den im A. L. l. 5. §. 74. 75. aufgestellen Grundsätzen paßt, so kann ihm doch die Anwendung nicht versagt, dagegen muß jede Ausdehnung dieses abändernden Gesetzes auf andere Fälle von der Hand gewiesen werden.

§. 6.

Es erhellt hierans von selbst, daß den Kindern des Colonen, denen im Uebertragsvertrage eine Abfindung stipulirt ist, gar nicht durch jene Bestimmung geholfen wird, da ihre Abfindung keine von dem Uebertrager contrahirte Schuld ist. Diese werden, außer dem Falle des Beitritts, also nur da ein Klagerecht haben, wo rechtlich angenommen werden darf, daß sie in der Person ihrer Eltern mittelbar an dem Vertragsabschlusse Theil genommen haben, und dies wird sich z. B. da behaupten lassen, wo ein Colon an eins seiner Kinder ein Gut überträgt, was er mit ihnen in communione bonorum prorogata besitzt.

In den übrigen Fällen haben die abzufindenden Kinder bei Lebzeiten ihres parens kein Klagerecht; und hierin scheint nichts Unbilliges zu liegen, da sie sich ja

Digitized by Google

an jenen wenden, und ihn zur Klage gegen den Gutsübernehmer vermögen können.

Schlimmer steht die Sache, wenn der Uebertrager des Guts gestorben ist. Nach dem A. L. R. I. 5. §. 415. gehen die Rechte und Pflichten aus Verträgen auf die Erben über, und als solche können die Kinder allerdings gegen den Gutsübernehmer auf Erfüllung der zu ihren Gunsten gemachten Stipulationen dringen. Allein ihr Erblasser kann auf der Leibzucht sehr viele Schulden contrahirt haben, und sie können es bedenklich finden, den Nachlaß anzutreten. Treten sie aber auch wirklich an, so ist der Uebernehmer des Guts vielleicht ihr Miterbe, es sind Kinder aus einer spätern Ehe vorhanden, einige von ihnen haben bereits ihre Abfindung erhalten; mehrere Erben können aber als Miteigenthümer nur gemeinschaftlich klagen (arg. A. L. R. I. 17. §. 152.) und nach der Theilung kann nur der auf das Ganze klagen, dem das Recht übertragen ist. Das noch nicht abgefundene Kind hat kein Recht, zu verlangen, daß ihm seine Miterben dies Klagerecht gegen den Gutsübernehmer abtreten Allen diesen Schwierigkeiten würde man entgehen, wenn das Gesetz den übertragenden parens zugleich als Contrahenten Namens seiner Kinder betrachtete. Unsere jetzigen Gesetze können aber diese Ansicht, wenigstens in ihrer Allgemeinheit, nicht rechtfertigen.

Vergl. A. L. R. I. 13. §. 1 — 4. ibid. §. 119 — 128. I. 11. §. 1060.

§. 7.

Nicht besser steht es mit den Gläubigern des früheren Besitzers, wenn der im Anhange §. 19. cit. voraus-

gesetzte Uebertrag des ganzen Vermögens nicht vorliegt, sondern nur das Gut übertragen und bestimmte, namentlich benannte Schulden übernommen worden. Wenn auch der Gläubiger den früheren Gutsbesitzer, seinen Schuldner, ausklagen wollte, so wird ihm dadurch der Weg nicht eröffnet, sich dessen Recht aus dem Uebertragsvertrage, auf Vollziehung jener Stipulation zu klagen, überweisen zu lassen. Denn die Bestimmungen der A. G. O. l. 24. §. 101—105. sprechen nur von der Exekution in Activforderungen, Activkapitalien, und das Gesetz vom 4. Juli 1822 (Gesetzsamml. von 1822 S. 178.) redet ausdrücklich nur von Activforderungen des zu Exequirenden, welche eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstande haben. Hierzu kann das Recht eines Contrahenten, zu verlangen, daß einem Dritten etwas gezahlt werde, nicht gezählt werden.[12])

Nur ein, freilich sehr betrübter modus procedendi ist vorhanden. Der Gläubiger muß die Eröffnung des Concurses über das Vermögen seines insolventen Schuldners beantragen, und der Concurs-Curator gegen den Gutsübernehmer klagen, daß er nach Inhalt des Vertrags die Gläubiger befriedige und die Concursmasse von deren Ansprüchen liberire.

Betrübt ist dieser Umweg, denn treten noch andere Gläubiger bei dem eröffneten Concurse auf, und der

---

[12]) Vergl. Oswald l. c. S. 282. und die Anmerkung der Herausgeber in Nota 9. *)

*) Anmerk. d. Red. Siehe jedoch die obige Abhandlung Sommers über diesen Gegenstand und die in diesem Augenblick erscheinende Declaration v. 21. März 1835 §. 3. (Gesetz-Samml. S. 42. 43.)

Digitized by Google

Verklagte leistet an die Gläubiger keine Zahlung, so kommt es zur Liquidation des Interesses; dies besteht nun zwar in der ganzen Forderung der Gläubiger, allein es wird zur Masse liquidirt und eingezogen, und die Gläubiger haben vielleicht vergeblich Mühe und Kosten verschwendet, und das Schicksal, wegen mangelnder Vorrechte bei der Masse leer auszugehen.

§. 8.

Sind die hier entwickelten Ansichten richtig, so ist kein erfreuliches Resultat für die rechtliche Wirkung unserer Uebertragsverträge gewonnen. Wenn man nun erwägt, daß in Westphalen durch dergleichen Verträge ein großer Theil des Eigenthums von der einen Hand in die andere übergeht, daß die Zuziehung der Gläubiger und Kinder sehr häufig gar nicht thunlich ist, und das Publikum noch im vollen Vertrauen auf das alte Recht dahin lebt: so dürfte dieser Gegenstand bei der bevorstehenden Redaction der Provinzialgesetzbücher alle Aufmerksamkeit verdienen. Es sey nur noch zum Schlusse die Bemerkung erlaubt, daß die Vorschriften des A. L. R. I. 5. §. 74. 75., auch abgesehen von provinziellen Verhältnissen, vielleicht einer Abänderung bedürfen.

Der Satz, daß ein Dritter aus einem Vertrage, an dessen Abschluß er keinen Theil genommen, keine Rechte erwerben kann, läßt sich aus keinem Gesetzbuche vertilgen. Auch das gemeine Recht hat ihn in seiner ganzen Strenge.[13]) Die Praxis war aber sehr geneigt, im

---

[13]) Vergl. Bucher das Recht der Forderungen 2te Auflage, Leipzig 1830 §. 16—23. Thibaut System 5te Ausg. §. 160.

Digitized by Google

Falle der Uebernahme einer fremden Schuld, dem Gläubiger ein Klagerecht zu geben.[14])

Beim Erbschaftskaufe ist das A. L. R. von dem Grundsatze des gemeinen Rechts, daß der Erbschaftskäufer wider seinen Willen von den Creditoren nicht belangt werden kann,[15]) abgewichen, und hat in l. 11. §. 463 ff. eine solche Klage verstattet, und gewiß hat Niemand hierin etwas Unbilliges gefunden.

Was sollte entgegenstehen, diesen Grundsatz in der Art zu generalisiren, daß der Gläubiger das Recht habe, aus einem zwischen seinem Schuldner und einem Dritten geschlossenen Vertrage, so lange er unter den Contrahenten nicht abgeändert ist, Klage zu erheben?

Will man das Verhältniß unter einen rechtlichen Gesichtspunkt bringen, so könnte der Schuldner als Geschäftsführer seines Gläubigers betrachtet, und zugleich augenommen werden, daß in der Klage gegen den Dritten eine Entlassung des früheren Schuldners liege.[16]) Es

---

[14]) Voet. Comment. X. II. §. 27. „Quod tamen moribus nostris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus ex aequitate concedentes facultatem in solidum conveniendi illum (heredem) quem defunctus testamento vel pacto vel coheredes conventione mutua in solidum voluerunt gravatum.“

[15]) Thibaut, System §. 736.

[16]) L. L. 2 C. de pactis: „Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse: exceptione

darf nämlich nicht übersehen werden, daß der Standpunkt dieser Lehre im A. L. R. ein ganz anderer geworden ist, wie er im gemeinen Rechte war; denn hier reichte ein Beitritt des Gläubigers durch concludente Handlungen hin,[17]) was aber nach dem A. L. R.*) gerade in den wichtigsten Fällen nicht behauptet werden darf, weil der §. 153. I. 5. verschreibt:

„Wenn ein Dritter einem zwischen andern Contrahenten geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, beitreten will, so muß dieser Beitritt ebenfalls schriftlich erkärt werden."

Es kann also der Uebernehmer der Schuld dieselbe mehrere Jahre verzinset haben, immer darf er dem Gläubiger noch die Einrede entgegenstellen, daß er an dem Vertrage nicht Theil genommen, und daraus kein Klagerecht erworben habe, während immittelst der frühere Schuldner ganz insolvent geworden ist. Freilich kann man dem betrogenen Gläubiger die Lehre zurufen: Jura vigilantibus sunt scripta! Allein leider ist es gewiß, daß es mit blos positiven Formen, die so selten, zumal wenn sie von dem bisherigen Rechte abweichen, ins Leben dringen, immer etwas Mißliches hat; in tausend Fällen nützen sie nur dem Betrüger, während der ehrliche Mann dadurch in Fallstricke geräth.

---

taciti pacti non inutiliter defenderis. Ohne Zweifel ist hieraus die Bestimmung des A. L. R. §. 465. genommen.

[17]) L. 2. C. de pactis cit. Cocceji Jus Contr. L. 18. T. IV. qu. 10.

*) und auch nach §. 2. der Declaration v. 21. März 1835. Anmerk. d. Red.

XI.

Zeitschrift für Theorie und Praxis des Preußischen Rechts in seinem ganzen Umfange, herausgegeben von Dr. Joh. Friedr. Ludw. Bobrik, Königl. Preuß. Tribunalrathe, der Königl. deutschen Gesellschaft zu Königsberg, ordentl. Mitgliede, und Dr. Heinr. Friedr Jacobson, Professor der Rechte an der Königlichen Universität zu Königsberg. 1sten Bandes 1s Heft. Marienwerder, 1834 bei A. Baumann. gr. 8. VI. 234 S. (Preis 1 Thlr. 10 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

„Unsere Theorie muß praktischer und unsere Praxis muß wissenschaftlicher werden, als sie bisher war.“ Damit und mit der Erklärung der Absicht, hiezu nach Kräften mit beizutragen, beginnt das Vorwort. Die Zeitschrift soll in zwanglosen Heften so oft erscheinen, als es Vorrath an Materialien und die Gunst des größern Publikums gestatten. Tüchtige Geschichtforscher und Rechtskundige, ganz besonders aber auch die praktischen

Juriſten des Vaterlandes ſind zu Beiträgen eingeladen. Der Plan ergiebt ſich aus dem Inhalte.

1. Ueber den Zuſammenhang der Theorie und Praxis im gemeinen und Preußiſchen Rechte, nebſt Bemerkungen über das Studium des letztern und die Stellung des Richters bei Anwendung des Geſetzes. Von Jacobſon (S. 1—76.). Eine recht bündige Introduction zum Studium und zur Anwendung des Preußiſchen Rechts. Der Verf. giebt S. 54. 55. nicht zu, daß durch das Corpus juris Fridericiani, wie v. Savigny andeutet und Bornemann beſtätigt, das Richteramt zu einem rein mechaniſchen geworden, er beruft ſich darauf, daß es ja ſtets einer pflichtgemäßen Erforſchung bedurft, um erſt darüber ins Klare zu kommen, ob das Geſetz zweifelhaft ſey oder nicht, daß der Richter doch immerhin ein conſultatives Gutachten gehabt, wenn gleich die Geſetzgebungs-Commiſſion eine deciſive Entſcheidung gegeben, und daß doch auch die Entſcheidung der Geſetz-Commiſſion auf den konkreten Fall angewendet werden müſſen. Nun wohl, in verbis simus faciles, die Sache grenzte doch wenigſtens ſehr nahe an den Mechanismus. Rückſichtlich der Cabinets-Ordre vom 25. Jan. 1823 bemerkt der Verf. S. 63. 64. richtig, daß darin keineswegs, wie Weidemann gegen Klüber angenommen, unbedingt blos ein Gutachten Sachverſtändiger angebahnt worden. Die Cabinets-Ordre ſpricht zu deutlich, der praktiſche Juriſt iſt nicht berufen, die beſtehenden Rechtsſatzungen durch eine benigne Interpretation zu verſchönern. Darum glauben wir denn auch noch immer, daß, da das auswärtige Miniſterium hier effektiv Richter

ist, das Deductions-Verfahren vorher eingeleitet werden muß, ehe die unabänderliche Entscheidung eingeholt wird. Mit Recht bekämpft auch der Verf. S. 71. Not. 145. das Ministerial-Rescript vom 12. September 1802, welchem gemäß nach allgemeinen Grundsätzen die Strafgesetze eine analogische Anwendung nicht gestatten. Es fehlt auch nicht an neueren Ministerial-Rescripten, wenn gleich nicht bekannt gemacht, welche allerdings eine solche Analogie zulassen. Die Ansichten des Verfs. über die Verbindung theoretischer Juristen mit den Gerichtshöfen und die den Fakultäten zu überlassende Auscultatoren-Prüfung (S. 75.) verdienen Beherzigung. Es wäre zu wünschen, daß ein strenges erstes Examen durch Theoretiker es verhindere, daß inferiore Köpfe, einmal in den Gerichten zugelassen, sich routiniren und auf solche Weise die Mittelmäßigkeit, ohne solide wissenschaftliche Grundlage, endlich zu den Stellen, wozu sie abgerichtet, gelange, und so die bequeme philisterhafte juristische Genügsamkeit, auf welche wir so oft im Stande der Preußischen Juristen stoßen, verewige.

II. Uebersichtliche Darstellung der Rechts-Verfassung Preußens während der Zeit der Ordensherrschaft. Von Herrn Prof. Dr. Vogt in Königsberg (S. 77 — 145.) Der Name des Geschichtschreibers Preußens hat einen guten Klang, er allein verbürgt schon Treffliches. Diese Darstellung ist eine sehr gründliche und gelungene, daher auch schon als besondere Schrift abgedruckt. Sie enthält: §. 1. Das Kulmische Recht. (S. 79.) §. 2. Das Magdeburgische Recht. (S. 96) §. 3. Das Freilehnsrecht, das Preußische Recht, das ununterbrochene Erbrecht und Burg-

lehenrecht. (S. 112.) §. 4. Das Polnische Recht. (S. 122.) §. 5. Das Lübeckische Recht. (S. 129.) Eines Auszugs ist die Darstellung nicht fähig.

III. Beiträge zu der Exegese des Allgemeinen Land-Rechts, von dem Herrn Tribunal-Rathe und Professor Dr. Schweikert zu Königsberg. Erster Beitrag. Die Condictio indebiti, insbesondere die Auslegung von Th. I. Tit. 16. des A. L. R. §§. 180. 185. 186. 187. und 188., auch 176. und 184. betreffend (S. 140 bis 158.). Bekanntlich nahm Duesberg (in Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 1. S. 290. 291.) einen nicht zu hebenden Widerspruch zwischen §. 180. und 185. A. L. R. I. 16. an, und ließ den §. 185. als bei der Final-Redaction aus Unachtsamkeit stehen geblieben fallen. Schweikert vertheidigt aber den §. 185. mit Zuhülfenahme des römischen Rechts. Der §. 180. ist die Uebersetzung der L. 44 ff. de condict indeb. (12., 6). Zur Interpretation desselben und des §. 185. bemerkt der Verf., „also wenn er (der Empfänger) erhielt, was ihm wirklich zukam, so findet die Zurückforderung nicht statt. Erhielt er aber etwas, was ihm nicht zukam, so ist sie nicht ausgeschlossen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der andere, für den gezahlt wurde, nicht schuldig war, sondern auch dann, wenn dessen Schuld zwar richtig war, aber der Zahlende in der Meinung stand, eine eigene Schuld an den Emfänger abzutragen, z. B. wenn er in der, jedoch irrigen, Meinung, Erbe zu seyn, eine Erbschaftsschuld auszahlte. Ihm steht alsdann die condiio indebiti aus dem einfachen Grunde

zu, weil der wirkliche Schuldner, (in dem angeführten Beispiele der wahre Erbe) durch eine Zahlung, welche nicht um ihn zu liberiren, geschehen war, nicht liberirt wurde, und die Forderung des Gläubigers sonach, ungeachtet jener Zahlung, fortbestand; der Gläubiger mithin etwas anderes, als das Seine erhalten hat. Wußte aber der Zahlende, daß die Schuld, welche er abtrug, nicht er, sondern ein anderer schuldete, (in dem angeführten Beispiele, daß nicht er, sondern ein anderer, der Erbe sey) so kann er nicht condiciren. Dies ist es, was in dem §. 185. durch das Wort wissentlich bezeichnet wird. Wenn also Jemand wissentlich eine fremde Schuld zahlte, (das heißt, wissend, daß es eine fremde Schuld sey), und sonach den andern liberiren wollte, so kann er das Gezahlte von dem Empfänger nicht zurückfordern, wenn er keinen andern Grund anführt, als den, daß er für den andern zu zahlen nicht verpflichtet gewesen sey, auch wenn er blos irrthümlich geglaubt hatte, dazu verpflichtet gewesen zu seyn, weil dann der Empfänger nun das Seine erhalten hatte (l. 16. §. 180.); wogegen er von dem Schuldner, welchen er dadurch liberirt hat, (l. 16. § 43.) Entschädigung fordern kann. (l. 16. §. 43.)" Dagegen kann nach dem Verf. die Rückforderung möglicher Weise aus andern Gründen stattfinden, 1) wenn die Zahlung vermöge der persönlichen Verhältnisse des Zahlenden ungültig war (l. 16. §. 186.); 2) wenn der Empfänger etwas anderes als das Seine erhielt, d. h. wenn der Dritte, für den gezahlt wurde, nichts schuldig war, (l. 16. §. 187.), was aber nicht die condictio indebiti, sondern die

Digitized by Google

condictio ab caussam datorum ist (l. 5. §. 360 ff. l. 16. 199 ff.). Grade über diesen Punkt hat der Verf. auch eine wichtige Ausführung gegeben (S. 153 bis 158.) Den bekanntlich (s. Duesberg S. 292 ff. Jahrb. Bd. 31. S 55.) sehr bestrittenen §. 188. interpretirt der Verf. (S. 149.) so: "Die Frau kann, wenn sie in stehender Ehe Nicht-Schulden ihres Mannes bezahlt hat, welche derselbe, wenn er sie selbst gezahlt hätte, zurückfordern könnte, nach getrennter Ehe condiciren, worin implicite der Satz liegt, aber unter dem Vorwande, daß ihre Zahlung ungültig gewesen sey, kann sie dieselbe nicht condiciren." Wir sind mit den vortrefflichen Ausführungen des Verfs. überall einverstanden, sie sind zugleich ein Muster von Benutzung des römischen Rechts bei Interpretation des allgemeinen Landrechts; freilich erlangen dadurch "die Leute ihr gelehrtes Ansehn" wieder, was ihnen Friedrich der Große durch seine Simplifizirung der Gesetzgebung nehmen wollte!

IV. Ueber die Nothwendigkeit der eigenhändigen Namensunterzeichnung bei Ausstellung von Wechseln. Ein Beitrag zur Interpretation der §§. 776. 779. 780. Tit. 11. des A. L. R., von Bobrik. (S. 160—168.)

Der Verf. stellt die Behauptung auf, daß der §. 779. A. L. R. II. 8. ausdrücklich auf seinen Fall, daß Jemand wirklich durch einen Zufall außer Stand gesetzt worden, selbst zu schreiben, zu beschränken. Er nimmt daher an, daß außer dem Falle des Handlungs-Disponenten oder Factors, worüber §§. 777. 788. 791. 792 entscheiden, Niemand, der nicht grade durch einen Zufall

am Schreiben verhindert ist, also z. B. nicht der immer Schreibens unfähige, nicht der, welcher blos auf eine Reise geht, weil dies kein vis major ist, Procura zur Wechselunterschrift ertheilen könne. Das Recht dürfte hier nicht auf Seite des Verfassers seyn. Der §. 179 ist aus dem §. 473. des Entwurfs zum Allg. Gesetzbuch. Th. I. Abth. II. Tit. III. entnommen, wo es hieß: "Wird ein Kaufmann durch Zufall außer Stand gesetzt, selbst zu schreiben, so muß er einem andern zu Unterzeichnung seiner Wechsel Procura geben." Daß man bei einem Kaufmann nicht den ersten Fall des §. 172. A. L. R. I. 5., daß er nämlich von Haus aus Schreibens und Lesens unkundig sey, annahm, und daher um den zweiten Fall, daß er durch einen Zufall am Schreiben verhindert, als möglich dachte, begreift sich wohl. Indem das A. L. R. nun aber jene Bestimmung auch auf Nicht-Kaufleute ausdehnte, ließ man jene Worte "durch Zufall" unbedacht stehen, so wie man auch das, technisch nur bei Kaufleuten geltende, Wort "Procura" stehen ließ. Man hat dabei kein Arg gehabt, da überall nur die Unterschrift durch Kreuz- oder andere Zeichen beseitigt werden sollte (§. 781.) An die vom Verfasser unterlegte Reflexion, daß ein Mißbrauch der Vollmacht hier so leicht zur Gefährdung der persönlichen Freiheit führen könne, ist sicher kein Gedanke gewesen. Nach der Interpretation des Verfs. würde man sogar Jemand, der durch eigne Schuld, also nicht durch einen Zufall, am Schreiben verhindert, für unfähig zur Ertheilung einer Wechsel-Procura erklären müssen! Eben so wenig halten wir es für richtig, wenn der Verf. die Ertheilung einer

Digitized by Google

Procura Schreibensfähiger auch an die gerichtliche oder notorielle Form knüpfen will. (S. 16. Not. 7.) Der §. 770. ändert nichts an den gewöhnlichen Grundsätzen, so wenig als der §. 474. des Entwurfs am a. O., aus dem er entnommen. Aus der Einklammerung des §. 111. A. L. R. I. 13. kann nur eine Aufmerksammachung für den Fall der Schreibensunfähigkeit folgen, wenn er vorhanden, nicht aber eine Aufhebung des §. 110. l. 13. Die Ansichten Erelingers und Gräffs im Preuß. Wechselrecht S. 58—61. scheinen daher die richtigeren zu seyn, mit der Ausnahme jedoch, daß dieselben irrig auf den Grund von §. 134. A. G. O. l. 10. angenommen, daß der Aussteller den Wechsel auch durch dritte, nicht mit Procura versehene Personen auf seinen Namen ausstellen lassen könne; denn daraus, daß man eine Unterschrift nicht diffitiren kann, folgt noch nicht die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts. (Grävell Comment. zur A. G. O. Bd. 2. S. 309.)

V. Ueber die Ermländischen Synodalconstitutionen, nebst Bemerkungen zum Ostpreußischen Provinzialrechte. Von Herrn Prof. Dr. v. Buchholtz zu Königsberg. (S. 169—188.)

Die Ermländischen Synodal-Verordnungen werden von 1415 ab aufgezählt, und deren Verordnungen über die Offerterialien erörtert, welche für noch bestehend, im Ostpreußischen Provinzialrechte mittelbar in Bezug genommen, erklärt werden.

VI. Ueber die rechtliche Natur des sogenannten Bürgersteiges, mit besonderer Rücksicht auf Bauwerke,

Digitized by Google

welche von Privaten auf dem Bürgersteige errichtet werden. Ein zur Erläuterung der Vorschriften A. L. R. Th. I. Tit. 8. §§. 78—82. dienender Rechtsfall. Von Bobrik. (S. 189—234.)

Ein gründlich, fast zu weitläufig, ausgearbeiteter Rechtsfall. Vor dem, in der Königsstraße in Königsberg gelegenen Hause des A. befand sich seit unvordenklicher Zeit eine, dem A. eigenthümlich zugehörige, Barriere, welche den ganzen Bürgersteig (Trottoir), so weit derselbe sich vor dem Hause des A. erstreckte, einnahm, und welche aus fünfzehn Granitpfosten bestand, die durch zwiefache eiserne, mit Blei vergossene Stangen mit einander verbunden waren. Bei den aus Veranlassung eines von Sr. Maj. dem Könige der Stadt gemachten Geschenks der Kosten der durch die Regierung geleiteten Umpflasterung wurde die Barriere auf Befehl der Regierung, des Widerspruchs des A. ungeachtet, niedergebrochen. Es wurde nun gegen den Fiskus auf Herstellung der Barriere und Entschädigung geklagt. Die Zurückweisung der erstern Klage war nach der Regierungs-Instruktion vom 26. Dezember 1808 §. 38—40. und, da der Plan die Allerhöchste Genehmigung erhalten hatte, nach §. 410. A. L. R. I. 11. unbedenklich. Wenn dagegen aber auch die Entschädigung aberkannt ward, so dürfte darüber eine verschiedene Meinung stattfinden. Die betreffenden Bestimmungen des röm. und Preuß. Rechts setzen immer voraus, daß ein locus publicus wirklich anerkannt vorhanden. Daran fehlte es hier nun eben, da über Menschengedenken hinaus der fragliche Platz nicht Bürgersteig, sondern durch eine feste Barriere dem

Publikum entzogen war. Es ist keineswegs nothwendig, anzunehmen, daß der Platz einst dem Publikum gehört habe, es ist nicht absolut nöthig, daß überall ein Bürgersteig neben der eigentlichen Straße sey, die Geschichte hat oft noch weit wunderlichere Ausnahmen vom Gewöhnlichen. Auch gebot nichts, die Unmöglichkeit einer rechtlichen Erwerbung jenes locus publicus in grauer Vorzeit anzunehmen. Das Erkenntniß, welches die Unmöglichkeit, Rechte auf einen locus publicus zu erwerben, aussprach, scheint daher von einer unstatthaften petitio principii ausgegangen zu seyn.

Wir wünschen dem Unternehmen der Verf. gedeihlichen Fortgang; es haben sich hier tüchtige Männer verbunden. Mehr Mannigfaltigkeit, Vermeidung zu großer Ausführlichkeit bei verhältnißmäßig weniger wichtigen Gegenständen, würden das Werk dem größeren juristischen Publikum angenehmer machen. Druck und Papier sind gut.

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Hofgerichtsrath K. J. Ulrich,

Justiz-Kommissionsrath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Oberlandesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Zweiter Jahrgang.

Zweites Heft.

Arnsberg, 1835

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Heftes
zweiten Jahrgangs.

Seite

XII. Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten. Von Sommer 233

XIII. Ministerial-Rescript über die Unstatthaftigkeit von Subhastation oder Auction gutsherrlicher Renten. Mitgetheilt von Sommer 251

XIV. Inwiefern Private Staatsschuldscheine als Caution anzunehmen schuldig sind? Rechtsfall. Mitgetheilt von Sommer 255

XV. Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister, herausgeg. von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe und H. L. v. Strampff Kammergerichts-Rathe. 3r Bd. Berlin, bei Ferd. Dümmler. 1834. gr. 8. S. XVIII. 424. Recension von Sommer 261

XVI. Ueber das Recht am Hofes-Gehölze in Westphalen, und zwar:

I. Ob der Gutsherr bis zur Auseinandersetzung Eigenthums- und Anweisungs-Rechte an den Holzungen habe?

II. Ob er bis zur Auseinandersetzung das Fällen der zerstreut stehenden Bäume hindern könne?

III. In wiefern Bäume für zerstreut stehende im Gegensatz gegen die Holzungen zu halten?

IV. Ob dem Gutsherrn auch an den Marken-Abfinduns-Antheilen der Colonate Nutzungs-Rechte zustehen?

Zwei Rechtsfälle, mit Einleitung vom Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor Evelt in Dorsten . 280

XVII. Die Statutarrechte des Herzogthums Westfalen. Vom Herrn Justiz-Amtman J. S. Seibertz zu Brilon. (Fortsetzung.) 297

Digitized by Google

Seite

XVIII. Ueber die Zuläſſigkeit des Wechſel-Prozeſſes gegen Standesherrn. — Miniſt. Reſc. vom 16. Mai 1835. (Zur Erläut. von A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 726.) Mitgetheilt von Sommer 352

XIX. Ob bei wechſelſeitigen Teſtamenten der Eheleute gemeinrechtlich, daß ſie correſpectiv, ſomit nach dem Tode des einen Gatten unwiederruflich ſeyen, zu vermuthen, wenn ſie ihr unter dem Rechts-Verhältniß partikulärer Gütergemeinſchaft ſtehendes Vermögen für rein gemeinſchaftlich erklären, und jeder Ehegatte dem überlebenden den Nießbrauch zuwendet, rückſichtlich der Subſtanz ſeiner Hälfte aber zum Beſten ſeiner Verwandten teſtirt? Rechtsfall. Mitgetheilt von Sommer . . . 357

XX. Ob, wenn Landesgeſetze das Vorrecht des Gutsherrn für rückſtändige Gefälle im Concurſe auf einen dreijährigen Rückſtand einſchränken, dieſe Einſchränkung auch auf Kaufgelder-Vertheilungs-Streitigkeiten außer dem Concurſe Anwendung finde? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 361

XXI. Rechtsfall über die Frage: ob der Anſpruch auf Gewährleiſtung auch dann, wenn die Sache ſelbſt oder ein Theil ihrer Subſtanz evinzirt worden, den kurzen Verjährungsfriſten der §§. 343. 344. A. L. R. I. 5. unterliegt. Mitgetheilt von Boele . . 362

XXII. Sieben Sätze in Bezug auf Preußens tranſitoriſche Rechts-Geſetzgebung vom Jahre 1833 zu Veranlaſſung einer wiſſenſchaftlichen Kritik derſelben, aufgeſtellt von K. W. Kayſer, Königlich Preuß. Criminal-Rathe und Juſtiz-Commiſſar bei dem Oberlandesgerichte zu Naumburg. Leipzig, Verlag von Heinr. Francke. 1835. gr. 8. 22 S. Recenſion von Sommer 369

XXIII. Ueber das Princip der neuen Preußiſchen Geſetzgebung und deſſen Einfluß auf das Proceßrecht; mit Hinſicht auf die Verordnungen vom 1. Juni und 1. Decbr. 1833. (Fortſetzung.) Vom Hofgerichts-Rath K. J. Ulrich 377

Ueberſicht der neueſten juriſtiſchen Literatur.

Digitized by Google

XII.

Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten.

Von

Sommer.

I.

Der §. 614. A. L. R. Th. I. Tit. 12. giebt den Begriff der wechselseitigen Testamente so:

„Wechselseitige Testamente, wodurch einer den andern, in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung, zu seinem Erben ernennet, können nur unter Eheleuten errichtet werden."

Dieser Begriff ist, obgleich ihn sehr viele Rechtsgelehrte [1]) aufstellen, zu enge, er entspricht der Wirklichkeit nicht. Sehr häufig wird dem Ueberlebenden nur ein Nießbrauchsrecht der Masse zugewendet, derselbe von Beschränkungen, die ihm wegen Inventur und Caution nach der Mobiliar-Gütergemeinschaft obliegen, [2]) oder

---

[1]) Z. B. Mittermaier Grundsätze des gem. deutsch. priv. Rechts §. 410. Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gem. deutsch. Rechts §. 558.

[2]) Z. B. nach der Nassau-Katzenelnbogenschen Landes-Ordnung Th. IV. Kap. 12. §. 1. 4.

Digitized by Google

von Einwirkungen der Ober-Vormundschaft befreit, wechselseitige Einräumungen über die Natur des Vermögens gemacht, und dabei die nächsten Verwandten der Eheleute zu Erben eingesetzt, oder aber auf deren gesetzliches Erbrecht verwiesen. Ob dabei dem Ueberlebenden der Nießbrauch als Vermächtniß zugewandt, ob die Fortsetzung der Gütergemeinschaft vereinigt, oder aber der Ueberlebende förmlich zum Erben mit der Verbindlichkeit der Restitution ejus quod superfuturum est, an die zu Fideikommiß-Erben gerufenen Intestaterben beider Theile eingesetzt werde, alles dies hängt meist von der zufälligen Ansicht des Redactors der Urkunde ab. In der Sache bleibt es immer testamentum reciprocum, oder, wenn z. B. blos über ein besonderes werthvolles gemeinschaftliches Vermögensstück, z. B. ein Steinkohlenwerk, verfügt wird, codicillus reciprocus, da nach Preußischem Rechte ein Codicill auch ohne Codicillar-Clausel selbstständige Geltung hat.[3]) Ganz richtig definirt daher Harpprecht,[4]) der auf die Praxis einflußreichste Schriftsteller in dieser Lehre, das testamentum reciprocum als ein solches, quo duo simul testantes, vel sè ipsos, invicem universali aut particulari titulo honorant, vel cognatis utriusque,

---

[3]) A. L. R. I. 12. §. 5. 7.

[4]) Dissert. de testamento correspectivo §. 5. N. 30. Bauriedel im Commentar über die Hellfeldschen Pandekten §. 1428. (angeführt in Mathis jur. Monatschr. Bd. 1. S. 420.) erfordert, daß die beiden Eheleute mit einander sich oder ihre Erben gegenseitig zu Erben einsetzen.

Digitized by Google

aut alterutrius, post obitum ultime morituri benigne provident. Es ist auch gemeinrechtlich nie Streit über diesen Begriff gewesen, obgleich ihn nicht Alle so genau aufgestellt haben. Cannegießer [5]) z. B. allegirt die Harpprechtsche Definition als eine unstreitige. Das Eigenthümliche dieses Testaments besteht immer nur darin, daß zwei Eheleute über ihr Vermögen in Einer letzten Willensordnung Verfügungen treffen, der Inhalt dieser Verfügungen ist für den Begriff zufällig. Die Schwierigkeiten dieser Lehrer bestehen vorzüglich in der Frage, inwiefern eins der Ehegatten von dieser Verfügung zum Nachtheil des andern oder der bedachten Dritten wieder abgehen könne, [6]) und dieser Streit kommt eben so oft bei Testamenten, worin die Eheleute nicht förmlich zu Erben eingesetzt sind, vor, als bei solchen, wo dies der Fall ist. Es läßt sich daher keine Veranlassung einsehen, warum die Redactoren des allgemeinen Landrechts den Begriff absichtlich enger, als ihn das gemeine Recht kannte, aufgestellt haben sollten. Dies ist vielmehr unabsichtlich geschehen, wie sich auch aus Suarez amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des allgemeinen Landrechts [7]) ergiebt, wo nur das als Abweichung vom gemeinen Rechte herausgehoben und gerechtfertigt wird, daß blos Eheleuten

---

[5]) Decis. Casselanae Dec. 43. N. 21.

[6]) Die großen Schwierigkeiten welche sich hierbei ergeben, scheinen das Verbot der Testamenta reciproca nach Lübecker Recht P. II. Tit. I. Art. 10. veranlaßt zu haben.

[7]) Jahrbücher Bd. 41. S. 82. 83.

Digitized by Google

solche testamenta reciproca gestattet sind, und [8]) ausdrücklich bemerkt ist, daß die getroffenen Bestimmungen mit der wirklichen Praxis übereinstimmen, und nur einige bisher zweifelhaft und streitig gewesene Fälle, besonders in den §§. 486. 492. A. L. R. II. 1. entschieden worden. Nirgend stellt das allgemeine Landrecht auch besondere Rechtssätze für gemeinschaftliche Testamente der Eheleute, worin sie sich nicht gerade förmlich zu Erben einsetzen, auf. Da nun Definitionen keine Gesetzeskraft haben, vollends wenn sie, wie hier, nur im Vorbeigehen gegeben werden, da hier blos ein bekanntes Institut des gemeinen Rechts übernommen worden, so wird es auch erlaubt seyn, den gemeinrechtlichen weiteren Begriff beizubehalten. Streng genommen enthält der §. 614. A. L. R I. 12. nur für Andere als Eheleute das Verbot, solche wechselseitige Testamente, wodurch einer den andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung zu seinem Erben ernennt. Dadurch ist aber weder der Begriff der wechselseitigen Testamente der Eheleute erschöpft, noch auch selbst Fremden die gemeinschaftliche Errichtung solcher Testamente, worin sie nicht gerade sich zu Erben ernennen, untersagt. Suarez [9]) führt blos die Gefahr der Erbschleicherei

---

[8]) Jahrb. Bd. 41. S. 118.

[9]) S. 82. „Dergleichen Testamenta reciproca unter Fremden sind ein gewöhnlicher Kunstgriff der Erbschleicherei; und es entstehen daraus, wenn der eine von den beiden Testatoribus seinen Willen einseitig ändert, Codicille macht, mehrere Legate verläßt ꝛc. mancherlei Weiterungen. Wollen Leute einander wechselseitig bedenken, so können

als Grund des Verbots an, die natürlich wegfällt, wo sie nicht sich, sondern Dritte zu Erben ernennen. Freilich haben wir für ein solches gemeinschaftliches Testament von Nicht-Eheleuten, z. B. Brüdern, die ein gemeinschaftliches Familienfideikommiß errichten, keine Bestimmungen im allgemeinen Landrechte, was immer, Eheleute ausgenommen, nur Einen vor Gerichte erscheinenden Testator kennt. Und der §. 482. A. L. R. II. 1.: „Nur Eheleuten ist es erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten," scheint allgemein Andern als Eheleuten die wechselseitigen Testamente zu verbieten. Da er inzwischen nach dem Allegate nur die Bestimmung des §. 614. A. L. R. I. 12. wiedergeben will, so bleibt es doch immer noch zweifelhaft, ob solche Testamente, die nicht unter diesen §. 614. fallen, verboten. Die Gesetzgebung hat es hierüber selbst nicht zur Klarheit gebracht. Nach §§. 635 — 640. A. L. R. I. 12. können Dritte dadurch, daß sie das wechselseitige Testament als Erbvertrag errichten und dessen Widerruflichkeit vorbehalten, ein gültiges wechselseitigrs Testament hervorbringen mit allen Wirkungen eines solchen. Sie können also sogar auch sich zu Erben

---

sie es in besonderen Testamenten, deren jedes für sich errichtet worden, thun. Wollen sie sich gegenseitig wegen solcher Zuwendungen sicher stellen, so ist es weit natürlicher, daß sie sogleich ein Pactum hereditarium errichten. Nur bei Eheleuten, besonders wenn Communio bonorum unter ihnen statt findet, lassen sich taugliche Gründe zur Errichtung eines solchen Testamenti reciproci gedenken."

Digitized by Google

einsetzen, und es sieht hier sonach um die gesetzgeberische Consequenz mißlich aus.

II.

Wir glauben also, daß der landrechtliche Begriff der wechselseitigen Testamente der Ehegatten auch auf solche, wo die Eheleute sich nicht zu Erben einsetzen, zu erstrecken. Wollte man dieses bestreiten, so würden doch immerhin solche Testamente ein nirgends verbotenes Rechtsinstitut seyn, sie würden ihr Gesetz in sich selbst, in der Natur der Sache, als ältesten Rechtsquelle, und in den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts und deren Analogie haben. Hiernach wird nun die Frage zu beurtheilen seyn, wie es zu halten, wenn ein Ehegatte das wechselseitige Testament, in welchem nicht die Ehegatten, sondern Dritte zu Erben gerufen waren, widerrufen, der andere aber weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch eine andere letztwillige Verordnung errichtet hat. Die Bestimmung des §. 486. A. L. R. II. 1.:

> "Hat jedoch der andere Ehegatte weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch eine andere letztwillige Verordnung errichtet: so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche er in dem wechselseitigen Testamente andern als solchen Personen, die blos mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt hat;"

paßt hier nicht, da sie eben den landrechtlichen engen Begriff, wo blos der überlebende Ehegatte zum Erben gerufen, voraussetzt. Es läßt sich aber kein Grund ein-

Digitized by

sehen, warum in dem von uns vorausgesetzten Falle nicht auch die Erbeseinsetzung Dritter, wie im gesetzlichen Falle die Vermächtnisse, bestehen bleiben solle. Der vermuthete Wille liegt hier so gut wie im gesetzlichen Falle vor. Dasselbe wird gelten, wenn der Ehegatte, direkt oder fideikommissarisch, zum Miterben gerufen war; es wird nun das Accrescenzrecht [10]) zu Gunsten des dritten Miterben gelten.

Nach diesen Ansichten wird auch der Fall zu beurtheilen seyn, wo einer der Ehegatten, welcher einen Dritten zum Erben oder Miterben ernannt hat, dieserhalb eine dem überlebenden Ehegatten unnachtheilige Aenderung macht. Das Landrecht kennt nach seinem Begriffe von wechselseitigen Testamenten einen solchen Fall nicht, sondern blos Aenderungen und Zusätze bei Vermächtnissen und andern dergleichen Verfügungen, und bestimmt, daß sie erstlich die Vernichtung des gegenseitigen Testaments niemals bewirken, zum andern aber ungültig seyen, wenn sie blos einseitig gemacht worden, und zum Nachtheile des überlebenden Ehegatten abzielen. [11]) Eine Abänderung der Erbeinsetzung ist nach der Unterstellung des Landrechts jedesmal eine Kränkung des Ueberlebenden in seinen Rechten, da dieser ja nur der eingesetzte Erbe ist, eine solche Abänderung ist von selbst der Widerruf, von dem der §. 485. II. 1. handelt. Die landrechtlichen Bestimmungen sind hier also nicht direkt anzuwenden. Ist

---

10) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 281.

11) A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 487. 488.

Digitized by Google

der überlebende Ehegatte nicht zum Erben eingesetzt, sondern ihm blos Vermächtnisse zugewandt, so läßt sich nicht einsehen, warum nicht diese zum Nachtheile desselben aufgehoben werden könnten, warum solche Aenderungen ungültig seyn müßten. Kann der andere Ehegatte nach §. 485. sogar die Erbeinsetzung des anderen Ehegatten widerrufen, so muß er um so mehr, wenn dieser nicht einmal zum Erben eingesetzt war, bloße Legate widerrufen können. Dies hat freilich nach der Analogie des §. 486. die Folge, daß nun auch die von dem Nicht-Widerrufenden dem Widerrufenden oder dessen Verwandten oder besonderen Freunden gemachten Zuwendungen erlöschen. Auf die Erbeseinsetzung Dritter kann das aber keinen Einfluß haben, und bei einer Veränderung der Erbeseinsetzung werden die Rechtsverhältnisse der §§. 572 ff. A. L. R. I. 12. eintreten. — Die §§. 487. 488 II. 1. haben nur den Zweck, zu verhindern, daß die dem Ueberlebenden durch die Erbeseinsetzung und den übrigen Inhalt des Testaments in seiner Totalität gemachten Zuwendungen getrennt, und durch neue Bestimmungen belastet werden; und man ist hier in so weit inkonsequent geblieben, daß man nur die zum Nachtheil des überlebenden Ehegatten abzielenden einseitigen Verfügungen für ungültig erklärt hat, nicht aber die, welche zum Nachtheil der Verwandten und besondern Freunde des Ueberlebenden gereichen. Man hat dadurch die Gleichheit der Rechtsverhältnisse aufgegeben, und man kann diese inadäquaten Bestimmungen nicht auf Fälle, wofür sie nicht speciell gegeben, ausdehnen.

Digitized by Google

III.

Nach §. 490. 491. A. L. R. II. 1. und §. 401. Th. I. Tit. 9. hat der Ueberlebende die Wahl, ob er die Erbschaft aus dem Testamente antreten oder ausschlagen will, im letzteren Falle kann er aber auf sein gesetzliches Erbrecht keinen Anspruch machen. Hier fehlt nun zuvorderst die Bestimmung, ob nicht die vom Ausschlagenden zu Gunsten seiner Verwandten gemachten Bestimmungen, wenn er nicht neu testirt, bestehen bleiben. Der §. 486. bestimmt dies nur für den Fall, wo der andere das Testament widerrufen hat, allein der Grund ist hier derselbe, man muß immerhin annehmen, daß der Co-Testator es bei seinen einmal zum Vortheil der Seinigen getroffenen Bestimmungen eher bewenden lassen, als daß er die Intestaterbfolge eintreten lassen wollen. Eine andere Frage ist aber, ob der Ueberlebende, wenn er nicht zum Erben gerufen, sondern ihm nur Vermächtnisse zugewendet worden, diese ausschlagen und sein gesetzliches Erbrecht ausüben könne. Dies wird allerdings statt finden, da es kein Gesetz verbietet; nur die Annahme von Vermächtnissen benimmt die Befugniß, das Testament zu ignoriren,[12]) nicht aber die Ausschlagung des Vermächtnisses. Da inzwischen das gesetzliche Erbrecht dem Testamente weicht, so kann der Fall praktisch nur dann vorkommen, wenn die testamentarischen Erben ausfallen. Die Notherbenrechte bleiben auch bei der

[12]) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 612.

Erbeinsetzung nach §. 402. I. 9. gewahrt, um so mehr also bei der bloßen Zuwendung von Legaten. Wäre aber das wechselseitige Testament als Erbvertrag geschlossen, so würde selbstredend wegen der hierin liegenden Renunciation in keinem Falle ein gesetzliches Erbrecht mehr in Anspruch genommen werden können.[13])

IV.

Der §. 492. II. 1. bestimmt:

„Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an, so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, in so fern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe."

§. 493. „Dies wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen."

Es erhebt sich hier die Frage, ob es also auch in dem Falle zu halten, wenn dem Ueberlebenden blos Vermächtnisse ausgesetzt sind, er also eine Erbschaft aus dem Testamente nicht angenommen hat. Es wird angemessen seyn, hier Einiges über die durch die §§. 492. 493. entschiedene Controverse zu bemerken.

Es war ein großer Streit, in wie fern ein Testator sein Testament wiederrufen könne. Man hat zu dem

---

[13]) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 642.

Ende den Begriff eines testamenti correspectivi geschaffen, den Harpprecht [14]) so giebt: quod a duobus vel pluribus, sive eodem actu, sive separatim eo modo conficitur, ut vel ex verbis expressis, vel valde urgentibus circumstantiis adpareat, quod altera pars de suis bonis ita non disposuisset, nisi altera quoque de suis facultatibus ordinatam facultatem immutatam reliquerit. Die Unwiderruflichkeit eines solchen Testaments, wenn der Ueberlebende dessen Vortheile angenommen, behaupteten viele Praktiker, [15]) und gründeten dies vorzüglich auf den in der Erbschafts-Antretung liegenden Quasi-Contract, [16]) und die Bestimmungen über bedingte Erbeinsetzungen und den modus. [17]) Viele behaupteten dagegen, daß der Ueberlebende auch nach der Erbschafts-Antretung sein Testament, wenn er nur alles, was er empfangen, mit Nutzungen wieder herausgebe, ungehindert abändern könne. [18]) Andere wollten die wechselseitigen Testamente blos nach deutschem Rechte als Erbverträge beurtheilen, somit unbedingt, ohne Rücksicht auf Correspectivität und Erbschafts-Antretung,

---

[14]) Dissert. §. 5. N. 78 sq.

[15]) z. B. Cannegiesser Dec. 43. 44.

[16]) §. 5. J. de oblig. quae quasi ex contractu (3, 28).
L. 5. §. 2 ff. de oblig. et act. (44, 7).
L. 3. §. fin. L. 4 ff. quib. ex causs. in possess. (42, 4).

[17]) Cannegiesser Dec. 43. N. 32 ff.

[18]) z. B. Harpprecht §. 51. N. 464 sq.

für unwiderruflich halten,[19]) und noch im Jahre 1803 hat das Ober-Appellations-Gericht zu Celle nach dieser Meinung erkannt.[20]) Grade im Gegensatze hatten ältere Rechtslehrer die Meinung, daß jedes testamentum reciprocum ohne allen Unterschied, selbst bei der von beiden Theilen geschehenen Annahme der Erbeinsetzung, und ungeachtet des ausdrücklich hinzugefügten Versprechens, die Verfügung entweder gar nicht, oder doch wenigstens nicht ohne Einwilligung des Mit-Disponenten, ändern zu wollen, zu jeder Zeit einseitig wieder aufgehoben werden könne.[21]) Voët berichtet hiegegen die Meinung der holländischen Juristen, daß bei einer rücksichtlich der Legate im Testament geschehenen Vermögens-Vermischung der einseitige Widerruf nicht statt finde[22]), dem

---

[19]) Z. B. Schilter Exercit. 39. Th. 57. Jo. Sam. Stryck Diss. de testament. conjug. reciproco §. 74.

[20]) v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. 4. S. 179—181.

[21]) Mynsinger Observ. cameral. Cent. I. obs. 8. Harpprecht Diss. §. 8. 11. Berger oecon. jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 22. Not. 4. Leyser med. ad Pand. Spec. 259. med. 11.

[22]) Comm. in Pand. Lib. 28. lit. 3. §. 11. „Secus. si ita duo simul testentur, ut quisque non de suis, sed alter de alterius bonis vice quasi mutua, aut uterque de suis simul et conjugis bonis, ex mutuo consensu supremae faciat voluntatis

Digitized by Google

ſich auch Ludolf [23]) und Mevius [24]) anſchließen.

Der Irrthum jener, welche in einem wechſeltigen Teſtament ohne weiteres einen Erbvertrag ſehen, ergiebt ſich leicht. Dem römiſchen Rechte waren wechſelſeitige Teſtamente, im Gegenſatze gegen kaptatoriſche Einſetzungen, nicht ganz unbekannt.[25]) Da wir in Deutſchland

---

testationem. Quo et reducendum, si conjuges una tabula testantes, simul legata nonnulla certis relinquant personis ex communi massa patrimonii solvenda, sine distinctione, an ex viri, an ex uxoris, aut ex neutrius cognatione sint, ac deinceps singuli separatim de sua parte, quam quisque in massa communi habet disponant, cum in istis ita communiter legatis, ad oppositionem separatim relictorum, non possit non videri alter de alterius quoque bonis testatus fuisse ex consensu ejus. ut proinde haec ipsa legata per conjugis unius obitum ita firmata videantur, ne superstitis voluntate in totum aut pro parte revocari queant. Plane, superstitem defuncti conjugis testamentum eodem tabula conditum revocare non posse, extra dubium est.“

23) Observ. forens. Suppl. obs. 350. p. 282.

24) Comm. in jus Lubec. P. II. T. I. Art. 10. p. 63.

25) L. 70. 71 ff. de hered. instit. (28, 5) Novell. Theodos et Valentinian. Tit. 4. (ſiehe die Ausgabe des Codex Theodosianus von Cujacius von 1566. pag 552. 553.) „Leonius et Jucunda, uxor ejus

zwei Formen, Testamente und Verträge, haben, so kann man bei denen, welche die Form der Testamente wählen, auch nur diese als beabsichtigt annehmen. Es kann also auch nach den Grundsätzen der Testamente, so lange beide leben, keiner gebunden seyn, der eine kann auch nicht durch den Tod des andern gebunden werden, wenn er nicht durch Annahme der zugedachten Vortheile deren stillschweigende Bedingung, die Zuwendungen für die Angehörigen des Erstverstorbenen, genehmigt. Diese, die richtige Mitte haltenden, Ansichten hat Suarez

---

vicissim charitate certarunt, ut fusis simul precibus jus poscerent liberorum, et propter incertum sortis humanae superstitem conjugem precarentur heredem: licet superfluo illud addentes, ut intestatae successionis jus ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod Serenitati nostrae preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus. Praeterea sicut supplicationi connexa monstrant, quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere judicium, septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis hujus definitione censuimus. Quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et simplex religio tastamenta condentium, cunctisque jam liceat quoquomodo et quibuscunque verbis ultimnm dictare judicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removere sanctionibus suis meliore prudentia vetusti juris ambages.“

in dieser Lehre mit gewohntem sicheren Takte ausgesprochen.

Erwägt man auf solche Weise die Entstehungsgeschichte der §§. 492. 493. II. 1., so überzeugt man sich leicht, daß ihre Sanktion nicht blos auf den wörtlichen Fall der Erbschafts-Antretung beschränkt werden darf. Die Annahme der Legate aus dem testamentum reciprocum erklärt auf dieselbe Weise, wie bei der Erbschafts-Antretung, die Unterwerfung unter die vom Verstorbenen nach der vorausgesetzten Reciprocität der Verhältnisse daran geknüpfte Bedingung. Es sind in einem solchen Falle die vom Ueberlebenden gemachten Zuwendungen als demselben aufgelegt, als den Betreffenden durch den Tod des Erstverstorbenen unwiderruflich erworben, wenn gleich erst später vollstreckbar, zu betrachten. Mit einer Zurückgabe des Empfangenen mit Nutzungen kann sich hier der Ueberlebende nicht abfinden, da dies offenbar nicht in der thatlich acceptirten Absicht des Erstverstorbenen liegt.

V.

Nach §. 494. II. 1. „sind wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, als Erbverträge anzusehen.“ Es entstehen hier mehrere Fragen, und zwar zuvorderst die, ob ein so clausulirtes Testament von selbst als Erbvertrag gelte, oder vielmehr dessen Erfordernisse erst besonders vorhanden seyn müssen. Es hat diese Frage Aehnlichkeit mit der Controverse, ob im Falle des §. 232. A. L.

Digitized by Google

R. I. 14. die Bürgschaft von selbst vorhanden, oder deren Formen, Certioration, erst noch besonders nachgewiesen werden müssen, worüber das Geheime Ober-Tribunal im Raume von 7 Jahren seine Meinung geändert hat.[26]) Die Frage ist nicht unpraktisch. Testamente können schon von mündigen Minderjährigen errichtet werden, Erbverträge aber nicht.[27]) Es ist nun aber unbedenklich, daß ein Erbvertrag nur da anzunehmen, wo seine rechtlichen Bedingungen vorhanden; indem der Gesetzgeber den Minderjährigen gegen eine unwiderrufliche Vergabung seines Vermögens, wenn er einen Erbvertrag ausdrücklich schließt, schützen will,[28]) so kann er in dem Falle, wo er bei Gelegenheit eines Testaments sich unwiderruflich binden will, auch nur denselben Schutz des Gesetzgebers erlangen. Der §. 485. sagt es auch ganz ausdrücklich: „Dergleichen wechselseitige Testamente, in so fern dieselben nicht etwa als ein wirklicher Vertrag errichtet und mit der bei Erbverträgen vorgeschriebenen Form versehen sind, werden schon durch den Widerruf eines der Ehegatten vernichtet.“ Es könnte hierbei nur noch die Frage entstehen, ob ein solches Versprechen der Unwiderruflichkeit nicht als ein versuchter Erbvertrag mit der Wirkung, daß nun nach A. L. R. I. 12. §. 619. auch nicht einmal das

---

[26]) Simon und von Strampff Rechtssprüche Bd. 2. S. 271 ff. Bd. 3. S. 249 ff.

[27]) A. L. R. I. 12. §. 16. 17. 618. 619.

[28]) A. L. R. II. 18. §. 776.

Digitized by Google

Testament gelte, anzusehen. Diese Frage würde aber zu verneinen seyn, da im Falle des §. 619. l. 12. der Erbvertrag das beabsichtigte Geschäft war, und daher ein anderes nicht bestehen soll, hier aber das Testament das Hauptgeschäft war.

Zum anderen erhebt sich die Frage, welche Wirkung es habe, wenn ein wechselseitiges Testament nach §. 494. II. 1. als Erbvertrag anzusehen. Der Gesetzgeber hat sich hierüber weiter nicht verbreitet, als daß er im §. 485. die Unwiderruflichkeit eines als Erbvertrag errichteten Testaments ausspricht. Dies wird aber auch die einzige Wirkung seyn, da der Vertragserbe nach §. 641. A. L. R. l. 12. ebenso, wie der überlebende Co-Testator nach §. 490. II. 1. die Wahl des Antretens oder Ausschlagens hat, die Verwirkung des gesetzlichen Erbrechts auch bei der Ausschlagung der Erbvertrags-Succession nach §. 642. l. 12. gleichmäßig, wie beim Testamente nach §. 491. II. 1. eintritt Rücksichtlich Dritter, denen vom Ueberlebenden im Erbvertrage etwas zugedacht ist, hat der Erbvertrag, so fern sie demselben nicht mit Bewilligung der Haupt-Contrahenten ausdrücklich beigetreten, nur die Wirkung einer einseitigen letztwilligen Verfügung,[31]) es treten hier also ganz dieselben Rechts-Verhältnisse, wie bei dem wechselseitigen Testamente nach §. 492. und 493. ein.

---

[31]) A. L. R. l. 12. §. 646.

Digitized by Google

Aus allem diesem ergiebt sich, daß in dieser Lehre bei der Revision der Gesetzgebung zwar nichts Wesentliches abzuändern, aber doch manches Inconcinne zu berichtigen ist.

Digitized by Google

XIII.

Ministerial-Rescript über die Unstatthaftigkeit von Subhastation oder Auction gutsherrlicher Renten.

Mitgetheilt
von
Sommer.

Im Jahrgang 1834 unseres Neuen Archivs S. 464 ff. ist von Schepers die Subhastation gutsherrlicher Renten vertheidigt worden. Die gemeine Meinung ist inzwischen dagegen. Da aber die laufenden Kaufpreise gutsherrlicher Renten tief unter den Ablösepreisen stehen, somit Niemand auf dem Wege der Execution sich diese Renten um den Ablösepreis übereignen läßt, so entstehen hieraus bedeutende Schwierigkeiten. Das Land- und Stadtgericht zu Soest fragte daher in dieser Verlegenheit am 26. April 1834 beim Ober-Landes-Gerichte zu Hamm an. Dieses wies das Gericht am 14. Mai zur Beseitigung des zur Sprache gebrachten Mangels des II. Gesetzes vom 4. März 1834 §. 1. an, die gutsherrlichen Gefälle zu verauctioniren, indem kein anderes Auskunftsmittel zu der nöthigen Versilberung übrig bleibe.

Digitized by Google

Das Gericht, vorzüglich als Hypotheken-Behörde, fand aber auch hierbei nicht zu beseitigende Schwierigkeiten. Die über Auctionen bestehenden gesetzlichen Vorschriften, A. G. O. I. 24. §. 89. A. L. R. I 11. § 349 ff., setzen den Verkauf solcher körperlicher beweglicher Sachen voraus, welche von Hand zu Hand übereignet werden, eine Rente kann aber nicht in natura tradirt werden, und eine Adjudicatoria ist selbstredend bei Auctionen undenkbar. Auf den Grund eines bloßen Auctions-Protokolls wird der Hypothekenrichter die Rente auf den Namen des Letztbietenden nicht zuschreiben, da das Gesetz eine solche Uebereignungsart von Renten im Executionswege nicht kennt. Es kann also auch kein Uebereignungs-Dekret erlassen werden. Das Land- und Stadtgericht zu Soest trug diese Verhältnisse unterm 26. Mai 1834 des Herrn Justiz-Ministers Mühler Excellenz vor, und stellte anheim, die Gerichte zu ermächtigen, auf den Grund einer Ausfertigung des Auctions-Protokolls resp. Uebereignungs-Dekrets die gutsherrliche Rente auch ohne Genehmigung des bisherigen Gutsherrn im Hypothekenbuche auf den Ankäufer umschreiben zu dürfen. Es erfolgte hierauf folgende Bescheidung durch das Ober-Landes-Gericht zu Hamm:

Rescript.

„Dem Königlichen Land- und Stadtgerichte wird auf dessen, an des Herrn Justiz-Ministers Excellenz gerichtete Anfrage vom 24. Mai d. J. die Veräußerung der gutsherrlichen Gefälle im Wege der Execution betreffend, dem Inhalte des dieserhalb ergangenen Rescripts gemäß, hierdurch zur Resolution ertheilt, daß, wenn ein

Gläubiger sich zum Behufe der Tilgung seiner Forderung an den Kapitalwerth einer seinem Schuldner zustehenden Rente halten will, ihm, sofern dieselbe nicht Zubehör eines Grundstücks ist, und daher mit diesem zugleich subhastirt werden kann, nach Vorschrift des §. 10. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 kein anderes Mittel übrig bleibt, als sich die Rente zu dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Ablösungspreise oder in Ermangelung eines solchen zu dem mit fünf Prozent zu berechnenden Kapitals-Betrage übereignen oder anweisen zu lassen. Eine Veräußerung an einen Dritten im Wege der Subhastation oder Auction findet überall nicht statt, und es kann daher dem Creditor, wenn er die Ueberweisung in der gedachten Art für sich nicht vortheilhaft findet, nur überlassen bleiben, seine Befriedigung durch executivische Beschlagnahme der einzelnen terminlichen Rentenleistungen zu suchen.“ Hamm, den 11. Juli 1834.

Königl. Ober-Landes-Gericht.

Die Sache wird schwerlich in dieser Lage bleiben können. Die durch die vielen Gesetzgebungswechsel schon so sehr benachtheiligten Gutsherrn leiden hiedurch zu sehr in ihrem Credit. Solche gezwungene Moratorien, denn anders nichts ist doch die Nothwendigkeit, vor und nach durch exekutivische Beschlagnahme der einzelnen terminlichen Rentenleistungen sich befriedigen zu lassen, wenn man nicht die Rente 40 Prozent über dem laufenden Preise in einer Gegend, wo der Gläubiger sie nur mit großen Beschwerden benutzen kann, annehmen will, schaden am Ende doch nur den Schuldnern, führen den Wucher

herbei, den sie verhüten wollen. Erlauben die bisherigen Gesetze wirklich nicht die nothwendige Veräußerung dieser Renten, so ist es hohe Zeit, die Gesetze zu ändern, vollends in Gegenden, wo diese an kein berechtigtes Gut als Pertinenzen geknüpften Renten einen so bedeutenden Vermögenstheil bilden, wie in Westphalen.

Digitized by Google

XIV.

Inwiefern Private Staatsschuldscheine als Caution anzunehmen schuldig sind?

Rechtsfall.

Mitgetheilt
von
Sommer.

Die Erben der Gräfin de Fouchier, die Eheleute General-Advokat Thirion in Metz und Lieutenant de Noville in Saarbrücken, waren schuldig, den Legataren P. A. Dupré und Elise de Haen zu Neuwied, für eine vermachte lebenslängliche Rente von 800 Franken die gesetzliche Caution zu stellen. Da der Nachlaß meist in Preuß. Staatsschuldscheinen bestand, so erboten sie die Caution durch diese. Die Regierung zu Neuwied, Abtheilung für Justiz-Sachen, als Erbschafts-Gericht entschied aber am 10. April 1832, daß, unter Verurtheilung in die Kosten, die Erben die Caution durch gerichtliche Pfandbriefe zu bestellen schuldig, wenn sie die von den Legataren für die Annahme von Staatsschuldscheinen gestellten besonderen Bedingungen sich nicht gefallen lassen wollen. Als Grund wurde angeführt, daß keine gesetzliche Bestimmung vorliege, wonach die Legatare bei den auf beiden Seiten

Digitized by Google

vorwaltenden rein privatrechtlichen Verhältnissen zur unbedingten Annahme der Sicherheit in Staatsschuldscheinen verbunden seyen.

Dies Erkenntniß ward unterm 8. Januar 1834 vom Hofgerichte zu Arnsberg bestätigt unter Compensation der Kosten der Appell. Instanz.

Gründe.

Der Anspruch der Appellaten auf Sicherstellung der ihnen legirten Rente ist, wie von den Appellanten auch anerkannt wird, gesetzlich begründet. Hieraus folgt von selbst, daß die Appellaten eine solche Sicherheit verlangen können, welche die Gesetze als vollgültig anerkennen. Diese kann nur durch annehmbare Bürgen oder durch hinlängliche Pfänder gestellt werden; es ist aber kein Gesetz vorhanden, welches eine Caution durch Deponirung von Staatsschuldscheinen dieser Art der Sicherheitsleistung durchgängig gleich stellt. Aus der Verordnung vom 3. Mai 1821 *) kann dieses nicht gefolgert werden, sondern diese ist blos auf jene Fälle zu beschränken, die darin ausgedrückt sind. Wenn es nun darin heißt, daß die Staatsschuldscheine volle pupillarische Sicherheit ge-

*) S. 46. der Gesetz-Sammlung von 1821. Die Appellanten hatten sich hierauf, obschon die Verordnung nur rücksichtlich der Capitalien der Kirchen, Schulen, milden Stiftungen und aller andern öffentlichen Anstalten, so wie der Vormundschaften und Verlassenschafts- und Kredit-Massen erlassen, berufen, weil daraus die Ansicht des Gesetzgebers über die Sicherheit der Staatsschuldscheine hervorgehe, und das richterliche Arbitrium dadurch bestimmt werde.

Digitized by

währen und überall als Amts-Caution angenommen werden sollen, so ist dadurch die mit dem gemeinen Recht übereinstimmende Vorschrift des Allg. L. R., daß in der Regel jede gesetzliche Bürgschaft entweder durch Bürgen oder Pfänder bestellt werden müsse, keineswegs aufgehoben, sondern es sind als Ausnahme blos die Fälle angeführt, wo eine gesetzliche Caution auch in Staatsschuldscheinen geleistet werden kann. Selbstredend kann daher diese Verordnung auf andere Fälle, die unter den darin ausgedrückten Ausnahmen nicht begriffen sind, nicht ausgedehnt werden, sondern es muß bei der Regel, daß der Cautions-Berechtigte die Sicherheitsleistung durch Bürgen oder durch Unterpfänder verlangen kann, um so mehr verbleiben, da hier ein rein privatrechtliches Verhältniß vorliegt, die in der gedachten Verordnung enthaltenen Ausnahmen aber sich auf solche Cautionen beziehen, die im Interesse des öffentlichen Rechts geleistet werden. Die Appellanten sind daher dadurch, daß die Appellaten durch das Urtheil v. J. zur Annahme der in Staatsschuldscheinen angebotenen Caution nicht unbedingt schuldig erklärt sind, nicht beschwert, und daher war auf Bestätigung desselben, und in dem Betracht auf Compensation der Kosten zweiter Instanz zu erkennen, weil die Sache allerdings einigem erheblichen Zweifel unterlag, nnd deßhalb erst Prozesse erkannt waren.

Auf erhobene Ober-Appellation wurden von dem Königlichen Revisions- und Cassations-Hofe zu Berlin am 7. Februar 1835 die vorigen Urtel dahin abgeändert, daß die Ober-Appellaten die ihnen in Staatsschuldscheinen angebotene Caution als gegenwärtig gnügend

anzunehmen schuldig, und die Kosten aller Instanzen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben.

Gründe.

Daß die Ober-Appellanten genügende Caution zu leisten schuldig sind, steht rechtskräftig fest, und ist jetzt nicht Gegenstand des Streites. Ob aber die angebotene Caution als genügend anzusehen ist, kann in Ermangelung bestimmter im gemeinen deutschen Recht gültiger Gesetze nur durch das richterliche Ermessen festgesetzt werden.

Wäre nun im vorliegenden Falle von einer Capitalschuld die Rede, welche den Ober-Appellaten in einer bestimmten Zeit, oder auch nach ihrer Kündigung bezahlt werden müßte, so würde jene Caution als genügend vielleicht nicht gelten können, da man auch bei dem höchsten Zutrauen in die Zahlungsfähigkeit des Staats die Möglichkeit einräumen muß, daß grade zur Verfallzeit des Capitals die Staatsschuldscheine, wegen äußerer und zufälliger Einwirkungen, weit unter ihrem Nominalwerth stehen könnten. Da nun der Staat eine Kündigung dieser seiner Schulden gar nicht zuläßt, folglich der Börsenverkauf das einzige Mittel ist, sie in baares Geld zu verwandeln, so würde der Creditor wohl einwenden können, daß in einem solchen leicht möglichen Falle ein Theil des Capitals durch die Caution nicht gedeckt sey. Ganz anders aber verhält es sich, wenn, wie im vorliegenden Falle, eine jährliche Rente der einzige Gegenstand der Forderung ist. Denn da diese durch die Zinsen der Staatsschuldscheine völlig gedeckt wird,

Digitized by Google

nach aller Erfahrung aber diese Zinszahlung höchst sicher und regelmäßig erfolgt, und insbesondere von dem zufällig steigenden und fallenden Course der Staatsschuldscheine ganz unabhängig ist, so liegt darin allerdings eine genügende Caution für die Rente.

Man hat dagegen eingewendet, daß auch diese Zinszahlung möglicher Weise in der Zukunft einmal unterbleiben könne.

Zwei Gründe dienen zur Wiederlegung dieses Einwurfs:

1) Die bloße Möglichkeit, so wenig sie abgeläugnet werden kann, kommt in jenem richterlichen Ermessen nicht in Betracht. Auch der reichste Bürge kann verarmen, und auch die werthvollsten zur Hypothek bestellten Grundstücke können in Kriegszeiten Jahre lang ohne Einkünfte bleiben, also auch keine Zinsen decken. Wenn gleich nun der Creditor das Recht hat, auf die Subhastation eines solchen Grundstücks anzutragen, so wird doch dieses Recht dadurch leicht illusorisch werden, daß dieselbe Calamität einen Verkauf von Grundstücken ganz unmöglich machen kann, nicht zu gedenken, daß in solchen Fällen auch wohl ein Generalindult den Gutsbesitzern im ganzen ertheilt werden kann. Alle diese mit Hypotheken verbundene Gefahren sind auch nicht blos ersonnen, sondern sie lassen sich durch neuere Erfahrungen ganzer Provinzen bewähren. Es folgt aber daraus, daß das richterliche Ermessen bei Beurtheilung der Sicherheit einer Caution nicht auf die absolute Unmöglichkeit eines Verlustes

Digitized by Google

zu sehen hat (die doch nie zu erreichen ist), sondern auf einen möglichst hohen Grad von Unwahrscheinlichkeit desselben, worüber nur die bisherige vieljährige Erfahrung Auskunft geben kann.

2) Zum Grunde des gegenwärtigen Urtheils sind die bisherigen Verhältnisse und Erfahrungen gelegt, und es können sich diese allerdings in der Zukunft einmal ändern. Es kann z. B. wirklich einmal die Zinszahlung der Staatsschuldscheine durch einen schweren Krieg unterbrochen werden, oder es kann der Staat eine Herabsetzung des Zinsfußes versuchen wollen. In einem solchen Falle aber würden auch noch in Zukunft die Ober-Appellaten befugt seyn, auf Verwandlung oder Ergänzung der Caution anzutragen, weßhalb das Urtheil die Caution für gegenwärtig genügend erklärt hat. Auch in dieser Hinsicht unterscheiden sich wieder die Staatsschuldscheine von Hypotheken auf Grundstücke gar nicht. Denn auch wenn durch die Hypothek eines Hauses oder Landgutes Caution gestellt ist, kann durch Brand oder Einsturz des Hauses, so wie durch ein bleibendes sehr starkes Sinken der Frucht- und Güterpreise eine ähnliche Ergänzung nöthig werden, wozu dann der Creditor ebenso unzweifelhaft befugt seyn wird.

Bei dem vorliegenden Verhalt sprechen Billigkeitsgründe für die Vergleichung der Kosten aller Instanzen.

Es hat mithin, wie geschehen, hier erkannt werden müssen.

Digitized by Google

XV.

Rechtssprüche der Preußischen Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herrn Justiz-Minister, herausgegeben von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe und H. L. von Strampff, Kammergerichts-Rathe. 3ter Band. Berlin, bei Ferd. Dümmler. 1834. gr. 8. S. XVIII. 424. (Preis 2 Thlr. 10 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

Zu großer Freude des juristischen Publikums ist dieses seit 1830 ruhende Werk jetzt wieder fortgesetzt und eine raschere Fortsetzung in Heften zugesichert. Letzteres in Folge der Verordnung vom 14. December 1833 darum, einmal „damit nicht Rechtsstreitigkeiten begonnen werden, deren Ausgang nicht länger zweifelhaft seyn kann; sodann, damit der erkennende Richter der Auslegung des obersten Gerichtshofes gemäß entscheide, und nicht durch ein, derselben widersprechendes Urtheil Grund zu dessen Anfechtung gebe.“ (S. IX. der Vorrede.) So heilsam und

Digitized by Google

längst ersehnt übrigens die möglichst rasche Veröffentlichung der Erkenntnisse des Geheimen Ober-Tribunals ist, so wird doch nicht zugegeben werden können, daß dadurch die Controversen von selbst ersterben. Nur Gründe werden die unteren Gerichte, berufen, nach ihrer Ueberzeugung, ohne Rücksicht auf ältere Aussprüche der Richter (§. 6. der Einleit. z. A. L. R.) zu erkennen, überzeugen. Indem diese nun wiederholt gegen die Ansichten des Geheimen Ober-Tribunals erkennen, wird dieses auch veranlaßt, seine Meinung neuerdings zu prüfen, so wie umgekehrt die Gerichte einen solchen Impuls durch die ihnen bekannt gewordenen Ansichten des Geh. O. Trib. erhalten. Es wird also wohl fluxus et refluxus bleiben, der Gesetzgeber aber bei Zeiten seinen Beruf, durch neue Gesetze einzuschreiten, erkennen. So ist es ja auch in Frankreich, wenn ungeachtet der Cassation des früheren Erkenntnisses der andere Gerichtshof wieder wie der erste erkennt. — Es würde gar betrübt seyn, wenn das Geh. O. Trib. von jetzt an es für seine Pflicht hielte, bei seinen Meinungen zu beharren, und die Untergerichte sonach nur, um den Partheien Kosten zu ersparen, eben so erkännten. Wäre dem also, so würde die Wissenschaft durch die Verordnung vom 14. December 1833 nicht gewinnen, sondern sich einigermaaßen dem Handwerksmäßigen nähern, die Verordnung würde der Sterbetag der Wissenschaft seyn.

Die erste Abtheilung liefert die Rechtsfälle, in welchen das Geheime Ober-Tribunal erkannt hat. (28 Nummern, S. 2—310.)

Nr. 1. Der König der Niederlande hatte dem

Digitized by Google

Eroberer Hollands, Grafen v. Bülow-Dennewiz am 6. Februar 1814 eine Pension oder Leibrente von 1000 Ducaten ad dies vitae verliehen. Am 17. April 1815 testirte der General, und befreite seine Witwe als bestellte Vormünderin von den gesetzlichen Beschränkungen der §§. 422—678. A. L. R. II. 18. Nach der Schlacht von Belle Alliance dehnte der Königliche Geber die Leibrente auch auf die männliche Nachkommenschaft des Generals in gerader Linie bis zu deren Aussterben aus. Am 25. Februar 1816 starb er. Es frug sich nun, ob rücksichtlich dieser Rente auch die Vormünderin von den gesetzlichen Einschränkungen befreit sey. Es handelte sich hier um die Auslegung des §. 166. des Anhanges zum A. L. R. II. 18. §. 681.: „Diese Befugniß des Vaters erstreckt sich auch auf das Vermögen, welches den Kindern von Andern als von ihm, jedoch vor seinem Tode zugefallen ist.“ Nahm man an, daß die Rente als den Kindern erst nach des Vaters Tode zugefallen zu betrachten, so mußte hier die obervormundschaftliche Einwirkung als nicht ausgeschlossen angesehen werden. Das Ober-Landesgericht und das Tribunal zu Königsberg und das Geheime Ober-Tribunal haben diese Einwirkung aber für ausgeschlossen erklärt. Man hat die Sache aus der Quelle des Anhangsparagraphen 166., dem Hofrescripte vom 14. März 1796, entschieden, wo als Grund, warum das nach dem Tode des Vaters den Kindern zugefallene Vermögen der uneingeschränkten Disposition des Vormunds nicht überlassen werden solle, angegeben ist, „daß solche Anfälle ad non cogitata gehören.“ Daraus würde nun aber auch

Digitized by Google

umkehrt folgen, daß Vermögen, so Kindern beim Leben des Vaters, ohne daß er es weiß, angefallen, den gesetzlichen Einschränkungen unterliege, was doch mit der klar ausgesprochenen gesetzlichen Sanktion in Widerspruch stehen würde. Die Consequenz wird also, zumal blos der Anhangsparagraph Gesetzeskraft haben dürfte, wohl zu der Ansicht führen: Was den Kindern bei Lebzeiten zufällt, hat der Dritte stillschweigend dem väterlichen Administrationsrechte unterworfen und eben darum auch auf seine deßfallsige Testaments-Bestimmung compromittirt, deßhalb werden denn auch im zweiten Satze des Anhangsparagraphen die Anfälle, wo der Zuwender den Vater von der Administration ausgeschlossen hat, ausgenommen; wenn sonach der Vater nach einem solchen Anfalle sein Testament zu ändern nicht bewogen wird, so ist der Dritte dabei beruhigt. Was aber nach des Vaters Tode zufällt, hat seinem Administrationsrechte nie unterlegen, mit dem Tode ist das Rechtsverhältniß des testamentarischen Vormunds abgeschlossen, was später anfällt, wird als vom Zuwender unter Voraussetzung der gesetzlichen Vormundschaftsverhältnisse zugewandt angesehen. Man könnte hier auch noch die Frage aufwerfen, ob der Vater nicht im voraus im Testamente die Administration aller künftig nach seinem Tode eintretenden Anfälle von den gesetzlichen Einschränkungen befreien könne; nach der Satzung des Anhangsparagraphen glauben wir es nicht; nach dem Grunde des Hofrescripts würde man es aber vielleicht annehmen können, weil dann der Anfall wenigstens nicht unter die plane non cogitata gehören dürfte. Die getroffene Entscheidung selbst wird sich übrigens

schon dadurch rechtfertigen, daß die Kinder nach A. L. R. II. 4. §. 23. 73. als Mit-Obereigenthümer der fraglichen Rente zu betrachten waren, dieselbe ihnen also keinesweges erst nach ihrem Tode anfiel. Ob diesennach die Uebersicht des Rechtsfalls: "Wenn ein Vater den von ihm seinen Kindern bestellten Vormund von den gesetzlichen Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration befreit hat, so erstreckt sich diese Befreiung auch auf Zuwendungen, welche später ein Anderer den Kindern vom Todestage ab, verliehen hat, sofern dem letztern diese Zuwendungen bekannt geworden sind," dem bestehenden Rechte vollständig entspreche, wird noch nicht für ausgemacht zu halten seyn.

Nr. 2. (S. 19.) enthält einen vom Commerzien- und Admiralitäts-Colleg zu Königsberg, vom Ostpreuß. Tribunal, so wie vom Geheimen Ober-Tribunal übereinstimmend entschiedenen anziehenden Rechtsfall. Die Verfasser haben auf die Entscheidungen folgende Sätze abstrahirt. I. Der Trassant und Indossant können sich so wenig als der Acceptant gegen die Bezahlung des Wechsels mit dem Einwande schützen, daß die Aushändigung des mit der Acceptation und der ganzen Folge der Indossamente versehenen Exemplare nicht genüge, vielmehr die sämmtlichen Wechsel-Exemplare, als Prima, Secunda u. s. w. zurückgeliefert werden müßten. II. Die bei den Londoner Kaufleuten gebräuchliche Art, die Wechsel mit dem Beisatze der Adresse ihres die Zahlung leistenden Banquiers zu acceptiren, ist für eine gesetzliche Acceptation, nicht für eine Assignation zu erachten. III. Wenn in einem solchen Falle der Banquier nicht

Zahlung leistet, so genügt die Aufnahme des Protestes gegen den Banquier, und es bedarf nicht der Aufnahme eines Protestes gegen den Acceptanten selbst. IV. Ueber die Nothwendigkeit der Aufnahme eines Protestes entscheiden die Gesetze des Ortes, wo geklagt wird. V. Die Form des Protestes wird nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo der Protest eingelegt werden muß. — Die IVte Entscheidnng dürfte nicht zweifellos seyn, wir wenigstens können nicht mit dem Tribunal (S. 29. 30.) die Frage: ob der Verklagte, zur Begründung des Regresses gegen ihn, die Erhebung eines zwiefachen Protestes wegen Mangels Zahlung, theils bei dem Banquier Spooner-Attwood et Comp., theils bei dem bezogenen und Acceptanten selbst zu fordern befugt war? für eine die persönlichen Rechte und Befugnisse des Verklagten nach §. 23. 28. der Einleitung zum A. L. R. tangirende halten. Der §. 936. und das arg. contr. des §. 938. A. L. R. II. 8. scheinen eine andere Entscheidung zu rechtfertigen. Es zeigt sich hier übrigens neuerdings die Dürftigkeit der in den §§. 23—25. der Einleitung zum A. L. R. aufgestellten Grundsätze.

Nr. 3. (S. 51.) betrifft das Schlesische Provinzialrecht, behandelt nämlich die Fragen: I. Sind in Schlesien Fideikommisse, die ohne landesherrlichen Consens errichtet worden, nur bis zum ersten Substitutionsgrade gültig? II. Ist, falls angenommen wird, ein solches Schlesisches Provinzialrecht bestehe, in Schlesien, wenn ein Ehegatte des Erblassers oder der Erblasserin als Erbe eingesetzt, und der Erbeinsetzung Substitutionen in mehrern Graden

Digitized by Google

angehängt worden, wie im Haugwizschen Falle, ohne Rücksicht auf die Erbeseinsetzung des Ehegatten, der eigentliche erste Substitut für den eingesetzten Erben, der zweite Substitut aber für den ersten zu erachten? III. Tritt in dem Falle, daß der im Testamente zuerst Substituirte den Tod des Testators nicht erlebt hat, der nächstfolgende fideikommissarisch Substituirte an die Stelle des zuerst Substituirten? IV. Ist in dem Falle, daß außer dem instituirten Erben auch der zuerst Substituirte den Tod des Erblassers, nicht aber den Tod des eingesetzten Erben erlebt hat, der erste Substitutionsgrad für erloschen zu erachten, und die Fideikommiß-Erbschaft dem eingesetzten Erben ohne weitere Substitutions-Verpflichtung zuzusprechen, oder tritt in diesem Falle der zweite Substitut an die Stelle des ersten? — Der zweite Senat des Ober-Landes-Gerichts zu Glogau und das Geheime Ober-Tribunal haben die I. Frage verneint, die II. und III. bejaht, und die IV. verneint, mit Zuhülfenahme des A. L. R., indem es S. 67. für nicht zweifelhaft erklärt wird, „daß in Fällen, da die Provinzialgesetze nur dunkle, ungewisse und zweifelhafte Bestimmungen enthalten, die allgemeinen Gesetze eben so zur entscheidenden Norm dienen müssen, als wenn gar keine Provinzialgesetze vorhanden wären.“ Vorzüglich wird aber doch wohl zur Erklärung der Provinzalrechte auf das zu ihrer Zeit bestandene gemeine Recht, das sie voraussetzten, Rücksicht genommen werden müssen.

In Nr. 4. (S. 67.) kommt die Frage zur Sprache, wie weit der §. 54. des Gesetzes über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. Septbr. 1811 den §. 1.

Digitized by Google

des Edikts vom 28. Oktober 1810 wegen der Mühlengerechtigkeit u. s. w. aufgehoben, die Zwangsrechte rücksichtlich der Getränke wieder hergestellt habe. In einem Rechtsstreite der Branntweinschänker des Elbinger Territoriums gegen die Branntweinbrenner-Commune der Stadt Elbing ist vom Stadtgerichte zu Elbing, dem Ober-Landes-Gerichte zu Marienwerder und dem Geh. Ober-Tribunal entschieden, daß nicht der Branntweinzwang als Bannrecht hergestellt, sondern nur die Schließung von Verträgen über das Verlagsrecht für zulässig erklärt, und die Fortdauer eines solchen, auf Grund der Verjährung oder ausdrücklichen Verträge, bereits bestehenden Rechtsverhältnisses ausgesprochen worden. Bannrechte, die also allgemein durch die Verfassung, z. B. die Bannmeile der Städte gegen alle, alte oder neue, Krugbesitzer eingeführt, sind für immer mit ihrem Grunde erloschen, es sind nur die Zwangsrechte geblieben, welche abgesehen von jenem Titel, durch Vertrag oder Verjährung gegen bestimmte Krugbesitzer begründet worden. Neu entstehende Krugbesitzer sind demselben also, da das Recht nicht mehr als Bannrecht die Gegend afficirt, nicht unterworfen. Die Entscheidung ist richtig, schwerlich werden aber solche alte Krüge mit den neuen, welche diesem Zwange nicht unterliegen, concurriren können, weßhalb denn auch wohl die Anlegung neuer Schankstätten (§. 55. 131. Ges. vom 7. Septbr. 1811.) so sehr erschwert ist.

Nr. 5. (S. 80.) behandelt zwei Fragen: I. Ist ein den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigendes Vermächtniß, dessen Entrichtung der Erblasser

einem gegenwärtigen Notherben mündlich aufgetragen hat, auch dann rechtsbeständig, wenn dem Notherben im Testamente nur der Nießbrauch des Nachlasses auf eine bestimmte Zeit zugewendet, und die Erhaltung der einigen seiner Kinder hinterlassenen Substanz zur Pflicht gemacht, er jedoch eventualiter in den Pflichttheil eingesetzt worden? Der Instruktions-Senat des Kammer-Gerichts hat diese Frage verneint, weil nach §. 172. A. L. R. I. 12. mündlich vom Erblasser bestimmte Vermächtnisse nur in so weit gültig seyen, als die Erklärung gegen den anwesenden Erben erfolgt sey, der von der Erbschaft selbst ausgeschlossene Notherbe als ein solcher anwesender Erbe aber nicht betrachtet werden könne. Der Ober-Appellations-Senat des Kammer-Gerichts sprach sich für das Gegentheil aus, weil der Notherbe im Testamente nicht enterbt, auch für diese Enterbung kein Grund beigefügt, vielmehr ihm der Nießbrauch des Nachlasses auf bestimmte Zeit hinterlassen, er somit als heres fiduciarius und seine Töchter als Fideikommissarien zu betrachten, ein dem heredi fiduciario injungirtes Legat aber völlig zu Recht beständig sey. Das Geheime Ober-Tribunal hat sich über die Frage nicht ausgesprochen; für den vorliegenden Fall war sie nicht zweifelhaft, weil der Notherbe der Vater der Testamentserben war, sie vertrat, das ihm Injungirte rechtlich als den Erben selbst aufgelegt zu betrachten. Im allgemeinen ist es aber sehr zweifelhaft, welche Wirkungen ein dem anwesenden Miterben aufgelegtes, auf der ganzen Erbschaft haftendes Legat habe. Das Gesetz hat nur den Fall Eines Erben. Ganz ohne Wirkung kann ein solches Legat doch wohl

Digitized by Google

keinenfalls seyn, der anwesende Miterbe wird es für seinen Antheil anerkennen müssen; ob er aber zugleich als Vertreter der übrigen Erben zu betrachten, diesen wenigstens ein juramentum de ignorantia über die fragliche Eröffnung zugeschoben werden könne, ist gewiß zweifelhaft und kaum zu behaupten, wenn man nicht die Solidarität der Erben zu weit ausdehnen will. Im Falle, daß die Erben vor Berichtigung der Vermächtnisse den Nachlaß theilen, somit die Erben solidarisch haften, A. L. R. l. 12. §. 292., l. 17. §. 131., würde jener anwesende Erbe für das Ganze haften, da er jenes dem Ganzen aufgelegte Vermächtniß nicht bestreiten kann Dasselbe würde nach der Entscheidung in unserm Archiv Jahrg. l. S. 558—561. gelten, wenn die mehreren Erben das beneficium inventarii verloren, wenn gleich noch nicht getheilt haben. Der anwesende Erbe würde aber in beiden Fällen keinen Regreß gegen die Miterben haben, weil diesen kein Legat aufgelegt ist, und sein Zeugniß nicht für ihn beweisen kann. Man würde aber auch wohl behaupten können, daß durch jene Vorgänge der Legatar kein neues Recht dem Objekte nach erlangen könne, so daß, wenn das dem anwesenden Erben aufgelegte Legat nur für seinen Theil gilt, es durch jene Vorgänge keine weitere materielle Gültigkeit erlangen kann. Man muß nun freilich überall, wie man auch kann, voraussetzen, daß das „gemeinschaftlich“ des §. 289. l. 12. nicht „solidarisch“ heiße. Wir begnügen uns, diese Zweifel angedeutet zu haben, da hier nicht der Ort zu weiterer Ausführung ist. — Die IIte vom Ober-Appellations-Senat des Kammer-Gerichts und vom

Geheimen Ober-Tribunal entschiedene Frage ist: Ob ein Dienstbote, welcher seiner Herrschaft in deren Krankheit außergewöhnliche Dienste geleistet hat, dafür eine angemessene Belohnung zu verlangen berechtigt, wenn auch eine solche vorher nicht stipulirt worden? Ist richtig, bejahend entschieden. — Die IIIte von den Herrn Herausgebern aus einer gelegentlichen Bemerkung des Geheimen Ober-Tribunals abstrahirte Entscheidung, ein Richter erkenne nicht ultra petitum, wenn er bei vollständig geführtem Beweise, auch ohne Eid, nach den Anträgen einer Parthei erkennt, die sich zu einem nothwendigen Eide erboten hat, ist allerdings höchst richtig.

Der Fall von Nr. 6. (S. 90.) ist merkwürdig. S. sen. und S. jun. hatten sich in einem Schuld-Documente solidarisch verpflichtet und wurden als solche belangt, und agnoscirten diese Verbindlichkeit. In der Executions-Instanz zahlte S. jun. das Ganze und ließ sich alle Rechte des Gläubigers abtreten, und trug nun auf Grund des Cessions-Instruments auf executivische Beitreibung der Forderung gegen S. sen. an. Es wurden auch wirklich Sequestration und Intabulation verfügt. S. sen. klagte nun beim Stadtgericht zu Königsberg auf sofortige Aufhebung der Sequestration bis zur näheren Aufklärung der Sache selbst. Er behauptete, daß S. jun. die Schuld selbst allein verschulde, weil sie blos zu seinem Nutzen verwandt; S. jun. behauptete umgekehrt die alleinige Verhaftung des S. sen., Keiner von beiden bewies seine Intention. Vom Stadtgerichte und Ober-Landesgerichte zu Königsberg und dem Geh. Ober-Tribunal wurde nun entschieden, daß die vom Beklagten (auf

Grund der Cession der Rechte des K. an ihn) in Antrag gebrachte, und in die Grundstücke des Klägers gerichtete Exekution aufzuheben. Es lassen sich Zweifel gegen diese Erkenntnisse aufwerfen. Da die Rechtsvermuthung des §. 445. A. L. R. I. 5. in diesem nach §. 35. A. G. O. I. 24. zu beurtheilenden Verfahren nicht erschüttert war, so scheint es, daß auf eine Hälfte die Execution fortgesetzt werden mußte, mit Vorbehalt beiderseitiger Rechte ad separatum. Denn nur in so weit, nicht aber unbedingt, wie die Herausgeber in der Note 2. glauben, erlosch die Kraft des Judikats mit seiner Erfüllung. Es scheint hier also gegen die §§. 493. 494. A. L. R. I. 16. erkannt zu seyn, indem auch nicht einmal für die Hälfte der Execution Statt gegeben ward. Die Gerichte hatten sich daran gestoßen, daß der S. jun. seinen Anspruch nur auf die Cession des Gläubigers gegründet habe, sie nahmen an, Grund seines Anspruchs gegen den Mitverpflichteten könne nur ihr gegenseitiges wirkliches Schuldverhältniß seyn. Allein die Cession war allerdings ein bündiger Rechtsgrund, und es gehörte zu den Einreden, daß dem Cessionar ein Mehreres, als die Hälfte zur Last falle.

In N. 7. (S. 100.) ist 1) vom Instructions-Senate und vom Ober-Appellations-Senate des Kammer-Gerichts entschieden, daß ein in einem notariellen Erb- und Ehevertrage einem Dritten ausgesetztes Vermächtniß nur in so weit gültig, als es den 20sten Theil des Nachlasses nicht übersteige, da die privilegirte Form der Erb- und Eheverträge (nach A. L. R. II. 1. §. 440. 441. A. G. O. II. 1. §. 10. N. 5.) nur ihre Kraft

in Bezug auf die Verlobten äußere, rücksichtlich Dritter solche Erb- und Eheverträge aber nur als außergerichtliche Dispositionen zu betrachten. Das Geheime Ober-Tribunal hat sich hierüber nicht ausgesprochen. 2) Das Geh. O. Trib. hat, die zwei früheren Erkenntnisse reformirend, entschieden, daß, wenn der Dritte, dem in solchen notariellen Ehepakten ein Vermächtniß ausgesetzt worden, demselben mit Bewilligung eines Haupt-Contrahenten beigetreten, der andere aber, ohne zu widerrufen, gestorben, der Dritte auf das Vermächtniß Erbvertragsrechte, ohne daß die Form einer Schenkung zu erfordern, habe. Der §. 646. A. L. R. I. 12. ist also sehr richtig nach dem Geiste des §. 76. A. L. R. I. 5. interpretirt worden.

N. 8. (S. 113.) enthält eine Entscheidung über das Kirchenrecht im Glogauer Consistorial-Bezirk, daß nämlich bei Kirchenbauten die Kosten, welche zur Anschaffung der Baumaterialien und zur Bezahlung des Handwerkslohnes erforderlich sind, beim Unvermögen des Kirchen-Aerars vom Patron getragen werden müssen, und die Eingepfarrten nur mit Spann- und Handdiensten und Lieferung des benöthigten Strohes beim Bau concurriren.

In N. 9. (S. 114.) ist vom Geh. O. Trib. die Controverse bejahend entschieden, ob beim Reichs-Kammergericht liegen gebliebene, nicht sollicitirte, Prozesse in 40 Jahren verjähren. Sehr bündig ist übrigens die Frage auch ausgeführt in der früheren Entscheidung des Wiesbadener Ober-Appellations-Gerichts bei von der Nahmer Rechtsfälle Bd. 2. 1825. S. 315 ff.

In N. 10. (S. 128.) ist vom Geh. Ober-Tribunal unter Reformation der Erkenntnisse des Königsberger Ober-Landesgerichts 1. Senat und Tribunals entschieden, daß, wenn einem Beamten, bevor über sein Vermögen Concurs eröffnet worden, von der ihn besoldenden Behörde ein Darlehn unter der von ihm eingegangenen Bedingung gegeben worden, daß die Rückzahlung successive aus seinem Gehalte erfolge, die Behörde, auch nach eröffnetem Concurse berechtigt sey, ihre Forderung gegen die Concursmasse mit dem abzugsfähigen Theile des Gehaltes des Gemeinschuldners zu compensiren. Es ist angenommen, daß der §. 163. des Anhanges zur Allg. Ger. Ord., welcher jede Anweisung und Verpfändung fixirter Besoldungen für ungültig erklärt, nur buchstäblich und strictissime, als Ausnahme von allgemeinen Gesetzen, anzuwenden. Da weder eine Verpfändung noch Anweisung vorhanden, ist der §. 322. A. L. R. I. 16. für anwendbar gehalten.

N. 11. (S. 131.) befaßt sich mit der Stimmenzählung bei der Concurrenz mehrerer Compatrone. Der zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Naumburg und das Geheime Ober-Tribunal haben durch Zusammenstellung von A. L. R. II. 11. §. 344. 352. 605. I. 17. §. 20—22. entschieden, daß das Patronatrecht jedem dazu berechtigten Gute zu gleichem Rechte zustehe, hingegen die Stimmenmehrheit bei jedem einzelnen Gute nicht nach den Antheilen der Besitzer, sondern nach der Größe der Antheile, welche den einzelnen Mitbesitzern an jedem Gute zustehen, zu berechnen sey. Göschels Scharfsinn leuchtet durch die Gründe hervor.

N. 12. (S. 141.) stellt ein wichtiges Präjudiz dar. Nach §. 60 des III. Gesetzes vom 21. April 1825, §. 62. des II., §. 83. des I. Gesetzes von diesem Tage ist der Berechtigte zur Vergütung der Grundsteuer schuldig, wenn das Grundstück früher steuerfrei war, und diese Eigenschaft im Verleihungsbriefe zugesagt oder erwähnt war. Durch drei gleichlautende Erkenntnisse des Land- und Stadtgerichts zu Tecklenburg, des Ober-Landesgerichts zu Münster und des Geh Ober-Tribunals ist ausgesprochen: Ein Colonus, dessen Vorfahr sein Grundstück gegen einen bestimmten jährlichen Zins vom Fiscus nach (Leib-) Eigenthumsrecht in Erbgewinn mit der Zusicherung erhalten hat, daß sein Grundstück von allen Lasten, sie mögen Namen haben, wie sie wollen, wie bisher, also fernerhin befreit seyn solle, kann, außer der Befreiung von der Grundsteuer, auch die von solchen Reallasten und Abgaben verlangen, welche erst später Grundstücken dieser Art auferlegt, und beim Abschluß des Contracts nicht vorher gesehen worden. Die Entscheidung ist auf L. 25 §. 2 ff. ad Sct. Trebellian. und L. 1. Cod. de jur. emphyteut., und auf die Analogie der Gesetze vom 21. April 1825 gegründet, indem sich kein Grund absehen lasse, weßhalb dasjenige, was bei der Grundsteuer vorgeschrieben, nicht auch bei sonstigen Lasten, deren Freiheit in eben der Art versprochen worden, statt finden sollte. Zugleich ist aber Fiskus berechtigt erklärt worden, dem Colonus alle ihm als Besitzer des Colonats durch die veränderte Landesverfassung entstandenen Vortheile anzurechnen, was in der Ausführung gar schwierig werden dürfte. Das be-

stätigte erster Instanz-Erkenntniß läßt es auf einer bloßen Spitzfindigkeit beruhen, wenn man den Staat, insofern er Eigenthümer der Domainen ist, nnd den Staat, insofern die Gesetze von ihm ausgehen, oder den Landesherrn, insofern er die Domainen benutzt, und den Landesherrn, insofern er bei der Gesetzgebung concürrirt, als zwei verscheidene Personen, von denen die eine nicht für die Handlungen der andern haften könne, darstellen will.

In N. 13. (S. 150.) zeigen sich schon die Folgen der Veröffentlichung der Materialien unserer Gesetzgebung. Das Geheime Ober-Tribunal hat, zwei Erkenntnisse des Breslauer Ober-Landesgerichts Senat I. und II. reformirend, erkannt, daß selbst Fiscus die aus Rechtsirrthum geleistete Zahlung condiciren könne. Die Entscheidung ist auf die Erläuterung des Wortes: wirklicher Irrthum im §. 178. A. L. R. I. 16., welche in Suarez amtlichen Vorträgen (v. Kamptz Jahrb. Bd. 41. S. 53.) gegeben, gegründet. Die gründliche Darstellung von Duesberg (Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. I. S. 256.) hat diese Lehre, was nämlich den error juris betrifft, abgeschlossen.

Die Entscheidung in N. 14. (S. 155.) ist grade jetzt sehr wichtig. Es wird aus A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 821. entschieden, daß executorische Zinszahlungs-Mandate nicht gleich Urteln das Recht des Gläubigers begründen, von dem festgesetzten Zinsrückstande, vom Ablauf der bestimmten Frist an, Verzugszinsen zu fordern. Ein Urtel sey kein Mandat, und im zweifelhaften Falle, zur Vermeidung des Zinswuchers, stets der strengsten Auslegung der Vorzug einzuräumen, und dadurch die Last

Digitized by Google

des Schuldners zu erleichtern, nimmt das Geh. Ober-Tribunal, die Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Stettin bestätigend, an. Hiermit stimmt nun zwar auch das Ministerial-Rescript vom 1. März 1822 (J. B. Bd. 19. S. 163.) überein, allein die Entscheidung unterliegt doch Zweifeln. Wenn der Gesetzgeber einer richterlichen Verfügung von Ablauf einer Zeit an Urtels-Wirkung giebt, so muß dieses Urtel-Surrogat auch alle, nicht ausdrücklich ausgenommenen, Folgen eines Urtels haben. Eine solche Ausnahme läßt sich rücksichtlich der Zinsrückstände im §. 821. A. L. R. I. 11. nicht entdecken, es scheint sich vielmehr von selbst zu verstehen, daß dem Urtel hier das gleiche Wirkung habende Mandat gleich steht. Wird dabei erwogen, daß der Gesetzgeber ja für liquide Hypothekenzinsen die Erhebung einer Klage, somit die Extrahirung eines Urtels, unmöglich gemacht hat (§. 196. des Anhangs zur A. Ger. Ord.), und sich doch kein Grund einsehen läßt, warum bestrittene, somit erst durch ein Erkenntniß festzustellende Hypothekenzinsen zinsbar seyn sollen, während es die durch ein Mandat verfolgten nicht sind, so dürften sich gewiß viele Stimmen gegen die obige Ansicht erheben. Rücksichtlich des Zinswuchers ist unser Landrecht zwar den neueren rationellen Prinzipien über die Wucher-Gesetze nur halb gefolgt (S. auch Hugo's civilist. Magaz. Bd. II. N. VI. S. 134. der III. Ausgabe), eben darum aber ist es schwer, aus einzelnen Bestimmungen eine Analogie für oder wider das, was wir Wucher nennen, abzuleiten. Nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 §. 68. 69. vertritt in Bagatell-

Sachen das auf die Klage erlassene Mandat von Ablauf des Beantwortungs-Termins an die Stelle eines Contumacial-Erkenntnisses, und es wird daher wenigstens hier nicht bestritten werden, daß ein auf solche Weise eingeklagter Zinsenrückstand zinsbürtig werde. Warum sollte es nun aber rücksichtlich der Mandate, so für aus dem Hypothekenbuche hervorgehende Zinsen nach §. 1. N. 2. der gedachten Verordnung erlassen werden, anders seyn? Ueberhaupt wäre zu wünschen, wenn unsre Wuchergesetze zusammengestellt und nach gesunden national-wirthschaftlichen Grundsätzen revidirt würden.

In N. 15. (S. 158.) ist vom Geheimen Ober-Tribunal ausgeführt, daß ein Cessionar, dem der Cedent nicht gesetzlich, sondern vertragsmäßig für die Sicherheit der Forderung haftet, das Recht, sich an den Cessionar zu halten, nicht dadurch verliere, daß er die Forderung nicht binnen drei Monaten nach erfolgter Cession gerichtlich aufgekündigt hat. Dasselbe ist in N. 6. und 7. des vierten Bandes unter Reformation mehrerer Erkenntnisse vom Geheimen Ober-Tribunal zu Recht gesprochen. Die ganze Controverse hätte wohl schwerlich entstehen können, wenn man sich den Uebergang aus dem gemeinen Rechte, wo der Cedent pro bonitate nicht haftet, zum Landrechte, wo man ihn in der Regel für die Sicherheit nicht hypothekarisch eingetragener Forderungen haften läßt, und nun aber auch nothwendig findet, diese Neuerung durch das Gebot der 3monatlichen Kündigung wieder einzuschränken, vergegenwärtigt hätte. Dies auf die Stipulation der Haftung auszudehnen, ist dem Gesetzgeber gar nicht eingefallen.

N. 16. (S. 163.): „Der Käufer eines Grundstücks, welcher eine darauf eingetragene Forderung auf Rechnung des Kaufgeldes übernimmt, wird dem Gläubiger dadurch allein nicht persönlich verhaftet.“ Ist schon oben S. 79 ff. beurtheilt, und durch die Declaration vom 21. März 1835 ist die Controverse entschieden.

(Beschluß folgt.)

XVI.

Ueber

das Recht am Hofes-Gehölze in Westphalen,

und zwar:

I. Ob der Gutsherr bis zur Auseinandersetzung Eigenthums- und Anweisungs-Rechte an den Holzungen habe?

II. Ob er bis zur Auseinandersetzung das Fällen der zerstreut stehenden Bäume hindern könne?

III. In wiefern Bäume für zerstreut stehende im Gegensatz gegen die Holzungen zu halten?

IV. Ob dem Gutsherrn auch an den Marken-Abfindungs-Antheilen der Colonate Nutzungs-Rechte zustehen?

Zwei Rechtsfälle, mit Einleitung

vom

Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor **Evelt**
in Dorsten.

(II. Gesetz vom 21. 1825. §. 32—34.)

Zu den wunden Stellen des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses in Westphalen, wofür man in dem Gesetze vom 21. April 1825 vergeblich nach einer erschöpfenden Behandlung sich umsieht, gehört die Frage über das Recht am Hofes-Gehölze.

Die fremdherrliche Gesetzgebung hatte durch die willkührlich angenommenen Theilungs-Raten den Knoten wohl zerhauen, nicht aber gelöset. Das Gesetz vom 25. Septbr. 1820 bestimmte im §. 54., daß der bäuerliche Besitzer verpflichtet sey, den Gutsherrn für die demselben an den Holzungen des Bauerngutes zustehenden Nutzungs-Rechte zu entschädigen. In dem II. Gesetz vom 21. April 1835 wurde die Fassung dieses passus, während die übrigen Bestimmungen in Betreff der Rechte an den Holzungen mit dem gedachten Gesetze vom 21. Septbr. 1820 gleichlautend blieben, dahin geändert, daß dem Gutsherrn die ihm an den Holzungen des Bauerngutes zustehenden Nutzungs-Rechte auch fernerhin bis zur Ablösung verbleiben sollen. Hiedurch und in Verbindung mit den folgenden §§. 32. 33. und 34. des Gesetzes vom 21. April 1825 wird man zu der Anmahnung geführt, daß der Gesetzgeber, welcher die Regulirung der beiderseitigen Verhältnisse im Wege der Ablöse als Regel voraussetzte, die Periode vor und nach der Auseinandersetzung streng gesondert wissen will. Nothwendig wird es daher auch bei der Behandlung dieses Gegenstandes, jene beiden Perioden zu trennen. In Betreff der erstern hat man häufig für ein gemeinschaftliches Eigenthum der Bauern und Gutsherrn sich erklärt, und sogar gegen den Colon, welcher ohne Vorwissen des Gutsherrn Holz hauete, die Grundsätze über Diebstahl am gemeinschaftlichen Eigenthum zur Anwendung gebracht. Schlüters Provinz. Recht I. Bd. §. 28. Indessen eben so wenig wie dem Colon, der das Holz hauete, bei dieser That das Bewußtseyn der Rechtswidrigkeit und des diebischen

Charakters der Handlung vorschwebte, und vorschweben konnte, eben so wenig läßt sich die Annahme eines gemeinschaftlichen Eigenthums für den Zeitraum bis zur Auseinandersetzung im Allgemeinen rechtfertigen. In Betreff der Zweiten Periode wo die Ausmittelung des Umfangs der gutsherrlichen Rechte bei der Auseinandersetzung zur Sprache kommt, würde es sehr interessant seyn, in jedem einzelnen Falle die Verhältnisse beider Partheien durch Offenlegung der Gewinnbriefe zu verfolgen. So liegt mir ein Gewinnbrief vom 22. Aug. 1711 vor, worin dem Colon verboten wird, Holz zu verkaufen oder zu verhauen. In dem folgenden Gewinnbriefe vom 29. Aug. 1715 geht das Verbot des Verhauens in das Verbot des Hauens über, indem es schon heißt, kein Gehölz verkaufen noch hauen. In dem nächst folgenden 26. Aug. 1746 wird auf einmal des Anweisungs Rechts des Gutsherrn gedacht, von dem in den frühern Gewinnbriefen keine Rede war. Bei solchen Verhältnissen wird das bloße Anweisungs-Recht wohl nicht eine wirkliche Theilnahme an dem Hofes-Gehölze für den Gutsherrn begründen.

Wenn nach diesem Beispiele es sich augenscheinlich zeigt, wie wichtig es ist, in einzelnen Fällen auf die ältern Gewinnbriefe zurückzugehen, so bleibt es auch selbst zur Interpretation unserer ältern Eigenthums-Ordnungen wichtig, die Geschichte ihrer Entstehung und den Rechtszustand zu beleuchten, wie sich dieser vor Emanation dieser Gesetze gestaltete. Auch hier würde die Geschichte uns durchaus keine Momente für die jetzt häufig aufgestellte Behauptung liefern, daß namentlich bei leib-

Digitized by Google

eigenen Gütern dem Gutsherrn sämmtliches Hofes-Gehölz gehöre, was nach Befriedigung des Prädial-Bedarfs sich erübrigen möchte. Ebendeßhalb verbietet bei hofhörigen Gütern das Recht des Hofes zu Loen §. 7. nur das Verwüsten und §. 42. nur das Verhauen Seitens des Hofesbesitzers. Dasselbe ist bei den ältern Hobs-Ordnungen der Fall und ebendeßhalb wird in dem in Schlüters Provinzial-Recht des vormaligen Hochstifts Münster mitgetheilten Landtags-Abschiede vom 23. Mai 1613 und den Verordnungen vom 9. Juni 1639 bis 28. Februar 1719 das Verbot, ohne gutsherrliche Anweisung Holz zu hauen, nur als Mittel gegen Verwüstungen motivirt.

Alle die Momente für die verschiedenen Ansichten zu beleuchten müßte indessen einer besondern Ausführung überwiesen bleiben. Die vorliegenden Bemerkungen sollten nur zur Anregung des Gegenstandes in diesen Blättern und zur Einleitung für die Mittheilung nachstehender Erkenntnisse dienen.

I.

Das erste Erkenntniß verhält sich zwischen dem Freiherrn v. Wenge und dem Colon Lemme in Ansehung des zu dem im Leibeigenthumsnexus gestandenen Lemmen-Hofes gehörigen Gehölzes. Der Freiherr von Wenge hatte das Eigenthum des hochstämmigen Hofes nach Abzug des Pradial-Bedarfs in Anspruch genommen. In erster Instanz war erkannt, daß

dem Kläger (Freiherr v. Wenge) nur an dem auf dem alten Uechting und der Uechtmanns-Heide wachsenden fruchtbaren Eichen- und Buchenholze nur die

nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung vom 3. April 1781 dem Gutsherrn eines eigenbehörigen Gutes zustehenden Nutzungsrechte zuzuerkennen, und dem Verklagten bis zur künftigen Auseinandersetzung das eigenmächtige Fällen dieses Holzes zu untersagen; die außer diesen beiden Grundstücken auf dem Lemmer Colonate stehenden Bäume aber für zerstreut stehende, und daher als Eigenthum des Verklagten seiner freien Disposition unterworfen zu achten; Kläger auch im übrigen mit seinem Anspruche auf Eigenthum des hochstämmigen Hofes-Gehölzes vorbehaltlich des dem Verklagten daraus zu den Hofesbäulichkeiten und Ackergeräthschaften anzuweisenden Bedarfs, so wie auf Schadensersatz für die vom Verklagten außerhalb der beiden gedachten Holzgründe gefällten drei Bäume, abzuweisen, und die Kosten dieses Prozesses dem Kläger zu drei Viertel und dem Verklagten zu ein Viertel zur Last zu legen. Von Rechts wegen.

In zweiter Instanz wurde erkannt:

daß die Förmlichkeiten berichtigt, auch zur Sache selbst

I. ad appellationem des Klägers derselbe mit seinem Anspruche auf das Eigenthum des auf dem alten Uechting und auf den Distrikten der Uechtings- oder Uechtmanns-Heide, welche auf dem im Termine vom 6. Mai 1831 aufgenommenen Lokalplan Nr. III. mit P. N. und Q. bezeichnet sind, befindlichen fruchtbaren Eichen- und Buchen-Holzes zur Zeit nicht lediglich abzuweisen, vielmehr ihm daran alle nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung dem Guts-

Digitized by Google

herrn an den Colonats-Gehölzen zustehenden Rechte vorzubehalten;

II. ad appellationem des Verklagten Kläger mit seinen Ansprüchen auf das übrige auf der Uechtings- oder Uechtmanns-Heide befindliche fruchtbare Eichen- und Buchenholz abzuweisen, und dahin das Erkenntniß des Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Dorsten de publicato 19. Februar 1832 abzuändern, im Uebrigen dasselbe zu bestätigen und die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

Von Rechts wegen.

In dritter Instanz erging vom Königlichen Geheimen Ober-Tribunal nachstehende Entscheidung:

In Sachen des Freiherrn Friederich Florenz v. Wenge zu Beck, Kläger jetzt Revidenten, wider den Colon Lemme nun dessen Wittwe und Erben zu Reufort, Verklagte jetzt Revisen, erkennt das Königl. Geheime Ober-Tribunal für Recht,

daß zwar die Förmlichkeiten der Revision für berichtigt zu halten, in der Sache selbst aber, das Erkenntniß des zweiten Senats des Königl. Ober-Landes-Gerichts zu Münster, de publicato den 26. Juni 1833 lediglich, unter Verurtheilung des Revidenten in die Kosten des eingelegten Rechtsmittels, zu bestätigen.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Nach der Revisions-Anmeldung fühlt sich der Revident darüber beschwert, weil ihm von dem vorigen Richter

Digitized by Google

1) nur an dem fruchtbaren Eichen- und Buchenholz auf dem alten Uechting und auf den Distrikten der Uechtmanns-Heide, welche auf dem Lokalplane mit **P. N. Q.** bezeichnet sind, diejenigen Rechte vorbehalten sind, welche dem Gutsherrn nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung an den Colonats-Gehölzen zustehen,

2) er mit seinen Ansprüchen auf das Uebrige auf der Uechtings oder Uechtmanns-Heide befindliche fruchtbare Eichenholz abgewiesen, und

3) im übrigen noch das erste Erkenntniß bestätigt ist.

Nach der Klage hatte der Kläger gebeten, ihm überhaupt das Eigenthum des hochstämmigen Hofesgehölzes, vorbehaltlich des dem Verklagten daraus zu den Hofesbaulichkeiten und Ackergeräthschaften anzuweisenden Bedarfes zuzuerkennen. Vom ersten Richter war er mit diesem Anspruche auf Eigenthum überhaupt abgewiesen, und es waren ihm nur die nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung vom 3. April 1781.*) dem Gutsherrn eines eigengehörigen Guts zustehenden Gerechtsame zuerkannt worden.

---

*) Unter der hier gedachten Vestischen Eigenthums-Ordnung wird die für die Grafschaft oder das Vest Recklinghausen erlassene Eigenthums-Ordnung verstanden, welche aus der Kurfürstlich Münsterschen Eigenthums-Ordnung entlehnt, mit der letztern in Ansehung der hier zur Sprache kommenden Bestimmungen gleichlautend ist. Sie ist abgedruckt in Schlüter, Provinzial-Recht der Grafschaft Recklinghausen S. 224., auch bei Scotti Sammlung churcölnischer Gesetze, Abth. 1. Th. 2. S. 100.

Von dem zweiten Richter ist der Kläger mit dem Anspruche auf Eigenthum nicht gänzlich sondern nur zur Zeit abgewiesen, und es sind ihm an den Colonatsgehölzen, im Gegensatz zu den zerstreut stehenden Bäumen alle nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung dem Gutsherrn an den Colonats-Gehölzen zustehenden Rechte vorbehalten. Der Kläger hat in seiner Revisions-Anmeldung es nicht ausdrücklich ausgesprochen, ob er sich hinsichtlich der Distrikte P. N. und A. des Lokalplanes der Uechtmanns-Heide auch dadurch beschwert fühle, daß er mit seinen Eigenthums-Ansprüchen zur Zeit abgewiesen. Hinsichtlich des übrigen auf dem Uechting und der Uechtmanns-Heide befindlichen Gehölzes bestehen aber die Ansprüche, welche nach der Klage formirt sind und bei denen nach der Revisions-Anmeldung verharrt ist, in dem Anspruche auf Zuerkennung des Eigenthums. Hinsichtlich der Distrikte P. N. und Q. tritt, in so weit auch die übrigen Distrikte für geschlossenes Gehölz zu achten wären, ganz das nämliche Rechtsverhältniß ein; es ist daher

I. überhaupt zu untersuchen, ob eine günstigere Entscheidung als die des zweiten Richters, welche den Kläger mit dem Auspruche auf Eigenthum des Gehölzes nur zur Zeit abweiset, überhaupt zu Gunsten des Klägers erfolgen kann, indem der Verklagte sich dabei, daß Kläger nicht, wie von dem ersten Richter geschehen war, mit dem Anspruche auf Eigenthum überhaupt, sondern mit selbem nur zur Zeit abgewiesen ist, beruhigt hat. Allein der Kläger kann hier, abgesehen von dem Entscheidungsgrunde des zweiten Richters, welcher die zeitige Abweisung

bloß darauf stützt, wie noch nicht nachgewiesen sey, daß Holz über den Prädial-Bedarf vorhanden und dieses die Bedingung zur Wirksamkeit des klägerischen Eigenthums sey, eine günstigere Entscheidung überhaupt gar nicht erwarten. Der §. 32. des Gesetzes vom 21. April 1825 unterscheidet im Wesentlichen hinsichtlich des Colonats-Gehölzes zwei Fälle, nämlich:

a) denjenigen, wenn die Holzungen Zubehör des Bauerngutes sind, so daß sie vor der fremden Gesetzgebung in demselben Besitz-Verhältnisse standen und der Gutsherr bloß gewisse Nutzungs-Rechte hatte und

b) wenn der Wald dem Gutsherrn gehört, und der Bauer nur Nutzungsrechte hatte.

Nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung vom 3. April 1781 §. 28. gehört das Gehölz dem Erb- und dem Gutsherrn, der Eigenhörige hat davon jedoch, wie von andern Pertinenzien den Genuß und Erb-Nießbrauch, welcher nur einigen besondern Beschränkungen unterliegt. Nach §. 30. loco citato darf daher auch der Gutsherr zur Verkleinerung des Genusses des Eigenhörigen, nach Willkühr nicht hauen, ein oder anderes Stück, ausgenommen, wenn Holz genug da ist.*) Das

*) Ueber die Veranlassung dieser Bestimmungen in der Münsterschen Eigenthums-Ordnung, von wo sie in die Vest-Recklinghauser übergegangen, siehe N. Archiv von 1834 S. 695 ff. Bei der Reception jener auf so merkwürdige Weise entstandenen Bestimmungen in einem benachbarten Lande, das zufällig denselben Landesherrn hatte, erinnert man sich unwillkührlich an das Mephistophelische: Es erben sich Gesetz und Rechte u. s. w. Sommer.

Digitized by Google

Schlagholz steht dem Eigenbehörigen zu, auch er soll aber sonst nicht hauen; die Anweisung des erforderlichen Holzes aber soll ihm nicht versagt werden. Windbruch und nicht mehr fruchtbares Eichenholz steht zwar dem Gutsherrn zu, er kann jedoch darüber nur verordnen, wenn der Eigenbehörige es nicht selbst nöthig hat, das verdorrte aber, und zum Bau nicht taugliche muß der Gutsherr dem Colon zukommen lassen.

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ergiebt sich zur Genüge, daß der Gutsherr an den Colonats-Gehölzen nur gewisse bestimmte Nutzungen hatte, daß dieselben aber im Wesentlichen, in dem nämlichen Besitzverhältnisse standen, wie das Colonat selbst, mit demselben vererbt wurden, und Pertinenzien des Colonats, nicht aber von demselben abgesonderte und von dem Gutsherrn besonders besessene Waldungen waren. Im hier vorliegenden Falle ist ein anderes als dieses allgemein gesetzliche Verhältniß nicht dargethan. In den alten Gewinnbriefen de 1621 et 1673 scheint zwar zwischen dem alten Uechting und der Uechtmanns-Heide, und den übrigen Pertinenzien ein Unterschied gemacht zu seyn. Allein schon in dem Gewinnbriefe von 1775 findet sich dieser Unterschied nicht mehr, und auch in den vom Verklagten jedoch nur abschriftlich producirten Gewinnbriefen von 1745 et 1749 ist der Unterschied nicht mehr gemacht, vielmehr ist nur allgemein die Bestimmung aufgenommen, daß der Colonus kein Eichen- und Maibuchenholz ohne gebührende Anweisung hauen solle. Daraus aber kann auf ein abweichendes besonderes Verhältniß nicht geschlossen werden. Nur der erste der im Gesetze vorgesehenen Fälle, nämlich der,

Digitized by Google

daß die Holzungen Zubehör des Bauerngutes sind und vor der fremden Gesetzgebung in dem nämlichen Besitz-Verhältnisse standen, der Gutsherr aber nur gewisse Nutzungsrechte hatte, ist daher hier anzunehmen. Für diesen Fall unterscheidet nun das Gesetz vom 21. April 1825 ferner zwischen dem Zustande bis zur Ablösung und der Ablösung selbst. Bis zur Ablösung verbleibet dem Gutsherrn nach §. 2. Nr. 1. diejenigen Nutzungen, welche ihm bisher an den Holzungen zustanden. Es bleibt also bis zur Ablösung bei dem frühern Rechtszustande, nur dieser ist aufrecht zu erhalten, und nur der Umfang und die Ausübung einzelner Nutzungsrechte, kann bis zum Eintritt der Ablösung der Gegenstand rechtlicher Erörterung und Entscheidung seyn. Die Frage aber, wem nach frühern Gesetzen das Eigenthum oder Miteigenthum zugestanden habe, ist zur rechtlichen Entscheidung, so bald nämlich einmal feststeht, daß die Holzungen Zubehör des Bauernguts sind, nicht weiter geeignet, weil dieser Zustand gar nicht mehr besteht, und ein anderer aus dem Gesetze vom 21. April 1825 und insonderheit dessen §. 32. sich ergebender an dessen Stelle getreten ist. Schon hieraus folgt denn, daß der Antrag auf Zuerkennung des alleinigen Eigenthums hier nicht begründet ist, und es daher bei der erkannten zeitigen Abweisung, bei der der Verklagte sich beruhigt hat, bleiben muß, indem im übrigen beide Richter darin mit Recht übereinstimmen, daß dem Kläger die früheren Nutzungsrechte vorbehalten bleiben müssen. Außerdem aber erscheint auch der Antrag auf Zuerkennung des ausschließlichen Eigenthums nach dem Gesetze vom 21. April 1825

unbegründet. Denn nach dem im §. 15. aufgestellten Prinzipe ist mit der Hauptsache, dem Colonate selbst, auch das Eigenthum der Pertinenzien, wofür, wie ausgeführt das Gehölze hier anzusehen ist, auf den Colonus, der ein erbliches Nutzungsrecht hatte, übergegangen. Eine Ausnahme ist im Gesetze hinsichtlich des Gehölzes weiter als wie selbe im §. 32. festgestellt worden, nicht gemacht, und aus dieser Bestimmung würde sich, wenn man einmal von dem Gesichtspunkte, daß bis zur Ablösung dem Gutsherrn seine früheren Nutzungsrechte blieben, abgehen wollte, dann kein ausschließliches, sondern höchstens nur ein gemeinschaftliches Eigenthum rechtfertigen lassen, und könnte also auch selbst aus diesem Gesichtspunkte eine günstigere Entscheidung für Kläger nicht erfolgen.

Indem nun hiernach die erste Beschwerde ungegründet erscheint, ist solches

II. auch nicht minder der Fall in Betreff des zweiten Beschwerde-Punktes, daß von beiden vorigen Richtern, dem Verklagten das alleinige Eigenthum der auf dem Hofe zerstreut stehenden Bäume, und auch vor der Ablösung die freie Disposition darüber zugesprochen worden ist. Der §. 23. des gedachten Gesetzes spricht hier dem bäuerlichen Besitzer das Eigenthum unbedingt zu. Allerdings ist hier nun der ferner in gedachter Bestimmung vorgesehene Fall, daß das Nutzungsrecht des Gutsherrn erst nach Befriedigung des Holzbedarfes für Gebäude, Befriedigungen und Ackergeräthe, zur Ausübung kommt, vorhanden und es folgt hieraus, daß der Besitzer bei der Auseinandersetzung über die übrige

Holzung diesen Bedarf nur so weit in Anrechnung bringen darf, als derselbe nicht schon durch die Nutzung der zerstreut stehenden Bäume gedeckt ist. Allein ein Weiteres als diese Anrechnung bei der Auseinandersetzung kann auch Kläger nicht verlangen, eine Beschränkung des dem bäuerlichen Besitzer ohne weitere Einschränkung beigelegten Eigenthums der zerstreut stehenden Bäume, und namentlich die Pflicht, sich bei der Disposition über diese Bäume, an die Anweisung des Gutsherrn zu binden, ist im Gesetze nicht ausgesprochen, daher ist sie auch dem Verklagten nicht aufzuerlegen, und es ist lediglich Sache des Klägers, zur Feststellung des gegenwärtigen Bestandes der einzeln Bäume, wenn er glaubt, daß ihm eine Veränderung dieses Bestandes bei der künftigen Auseinandersetzung nachtheilig sein könne, und zur Sicherung der darüber von ihm für erheblich geachteten Beweise, diejenigen Maßregeln (z. B. Aufnahme eines Beweises zum Gedächtniß), die er zu diesem Zwecke für geeignet hält, zu veranlassen. Der Verklagte unterliegt aber deßhalb keiner Einschränkung in der Disposition über das ihm vom Gesetze beigelegte Eigenthum.

111. Die dritte Beschwerde ist gegen die Festsetzung der vorigen Richter über die Frage, was zum Gehölze, in Gegensatz der einzeln stehenden Bäume zu rechnen sey, gerichtet.

In dieser Hinsicht muß es indeß auch lediglich bei der Festsetzung des Appellations-Richters bleiben; denn der Hofraum ist zum geschlossenen Gehölze nicht zu rechnen, da nach dem Gutachten der Sachverständigen

Digitized by Google

Benninghoff und Bertlich die zudem mit Obstbäumen untermischten Eichen nicht geschlossen stehen, und er wird dadurch nicht zum geschlossenen Gehölze, daß an einer Stelle auf einem Raume von etwa 10 Ruthen Größe etwa 25 zum Theil noch kleine Eichen geschlossen stehen. Auch ist der vom Kläger versuchte Urkunden-Beweis darüber, daß dieser Hofraum zum geschlossenen Gehölze zu rechnen sey, durchaus ohne Erfolg geblieben; denn das angebliche Besichtigungs-Protokoll des Notarii Neuß vom Jahre 1795, über welches der Verklagte nicht wie deducendo behauptet wird, die Erklärung verweigert hat, welches vielmehr nach fol. 49. in fine ausdrücklich nicht anerkannt ist, ist nicht nur an und für sich nicht beweisend, weil die Qualität des Concipienten als Notar nicht dargethan ist, und die gesetzlichen Formen nicht beachtet sind, sondern es erhellet außerdem nicht aus der Verhandlung, daß die bäuerlichen Besitzer zugezogen sind, indem die vorgeheftete Anweisung, sich zu Hause zu halten, solches nicht darthut, und noch weniger ist zu ersehen, von wem die Antworten auf die gestellten Fragen, ob von den bäuerlichen Besitzern oder den adhibirten Förstern ertheilt sind; es kann daher dieses productum wider Verklagten nichts beweisen, und müssen danach mit den vorigen Richtern die auf dem Hofe stehenden Bäume für zerstreut stehende geachtet werden. Ueber die an den Hof und Garten des Verklagten stoßende Straße xx des Lokalplanes Nr. I. und dem an die Wiese des Verklagten anschließenden Fleck G. H. J. des Lokalplanes Nr. II., kann auch nach den Aussagen der Sachverständigen kein Zweifel walten, daß diese Parcelen

keine geschlossene Holzungen bilden und die daran stehenden Bäume für zerstreut stehende zu achten seyen, wie dieses auch beide Richter angenommen haben.

In Hinsicht des alten Uechting E. E. des Lokalplanes Nr. II. ist von beiden Richtern den Anträgen des Klägers entsprechend erkannt, die Uechtmanns oder Uechtings-Heide Lokalplan Nr. III. hält dagegen der erste Richter ganz für geschlossenes Gehölze, während der zweite Richter nur in Betreff der mit P. N. und Q. auf dem Lokalplane bezeichneten Distrikte, dieser Ansicht gefolgt ist. Es muß indeß hier der Entscheidung des zweiten Richters der Vorzug gegeben werden. Denn mag auch nach dem Inhalte der älteren Gewinnbriefe die Uechtings-Heide vormals ein Holzgrund vielleicht gewesen seyn, so ergiebt sich doch aus dem Gutachten der Sachverständigen, daß jetzt von der ganzen etwa 25 Morgen großen Fläche, überhaupt nur etwa $^1/_{20}$ mit Holz bestanden ist, und nur die Flächen P. N. und Q. als Buschgrund anzusehen sind. Der bei weitem größte Theil L. L. der Zeichnung aber ist nakter Heidegrund, nur zum Plaggenhiebe und zur Schaafhude dienend, und nur an den Grenzen mit wenigem Holze und einzelnen Eichen besetzt, welches Holz durchweg und nicht bloß die darunter befindlichen Eichen zerstreut steht. Hiernach können nur die Flecke P. N. und Q. für Gehölz geachtet werden, und die auf dem übrigen Theile stehenden Bäume sind zerstreut stehende; daß früher ein anderes als dieses aus dem Gutachten der Sachverständigen sich ergebende jetzige Sachverhältniß, bestanden habe, ist selbst wenn man darauf Gewicht legen wollte, gar nicht vollständig nachgewiesen

Digitized by Google

und es mußte daher bei diesem Punkte die Entscheidung des zweiten Richters bestätigt werden.

Aus diesen Entscheidungen folgt aber von selbst die Abweisung mit dem verlangten Schadenersatze, indem die gefällten drei Bäume sämmtlich zu den zerstreut stehenden gehört haben, mithin der Verklagte sich keiner ungesetzlichen Handlung hat zu Schulden kommen lassen. Wenn aber nun hiernach die vom Kläger eingelegte Revision überall unbegründet, auch hinsichtlich des Kostenpunktes die Entscheidung der vorigen Richter überall angemessen erscheint, so mußten dem Revidenten auch nach der allgemeinen Gerichts-Ordnung Th. I. Tit. 23. §. 10 die Kosten des Rechtsmittels zur Last gelegt werden, wonach denn überall wie geschehen zu erkennen war.

Berlin, den 28. November 1834.

II.

Das zweite Erkenntniß verhält sich über die Rechte des Gutsherrn an dem auf den Markengründen befindlichen Holze. In der beim Königlichen Land- und Stadtgericht Dorsten in dem Jahre 1828 Seitens der Erben Primavesi gegen den Colon Verrenberg angehobenen Klage war Seitens des Gutsherrn das Eigenthum des hochstämmigen Holzes auf dem Antheile des Verrenbergs Hofes an der Horster Mark in Anspruch genommen. In erster Instanz war die Gutsherrschaft mit diesem Anspruche abgewiesen, weil nach der Markal-Verfassung von der berechtigten Stätte nur Einer und zwar in der Grafschaft Recklinghausen nur der Colon Nutzungsrechte in der Mark habe ausüben dürfen. In der zweiten Instanz

ward das Erkenntniß reformirt, weil der Horſter Markenantheil Pertinenz des Colonats geworden ſey, und der Gutsherr auch an dem auf dem Markenantheil vorhandenen hohen Holze die ihm nach der Eigenthums-Ordnung an dem Hofesgehölze überhaupt zuſtehenden Rechte erlangt habe. Das Königliche Geheime Ober-Tribunal ſtellte indeß das erſte Erkenntniß wieder her.

Die Gründe dieſes letzten Erkenntniſſes lauten dahin:

„was dagegen das auf dem zu dem Hofe gehörigen Horſten-Marken-Antheile noch ſtehende Holz anlangt, ſo gehört zwar nach §. 24. der gedachten Eigenthums-Ordnung, was einem eigenbehörigen Hofe durch Theilung gemeiner Marken und Gründe hinzukommt, unter deſſen Pertinentien; allein klägeriſcher Seits hat nicht einmal behauptet werden mögen, daß dem Gutsherrn an den Nutzungen der früher gemeinſchaftlich geweſenen und erſt im Jahre 1811 getheilten Horſter Mark eine Theilnahme zugeſtanden, und nach der Ausſage des Zeugen Landrath Devens muß ſogar das Gegentheil angenommen werden. Der in Rede ſeyende Markenantheil iſt aber nur an die Stelle des früher dem Hofesbeſitzer zugekommenen Theils der Nutzungen getreten; es ſteht daher auch an dieſem Markenantheil dem Gutsherrn kein Nutzungsrecht zu, und eben deßhalb fehlt es an dem Grunde, welcher den Uebergang des vollen Eigenthums auf den Hofesbeſitzer von der Abfindung des Gutsherrn abhängig macht.“

XVII.

Die Statutarrechte des Herzogthums Westfalen.

Vom

Justiz-Amtmann **J. S. Seibertz** zu Brilon.

(Fortsetzung.)

---

§. 17.

2) Wirkungen der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, nach Auflösung der Ehe durch den Tod, wenn Kinder vorhanden, a) wenn der überlebende Gatte ledig bleibt, A. dessen Dispositions-Befugnisse unter den Lebenden.

In der rechtsgeschichtlichen Entwickelung des Instituts der Gütergemeinschaft (§. 2.) ist gezeigt worden, wie sich aus der Verschmelzung des Eingebrachten der Frau, mit dem Vermögen des Mannes, das Gesammtgut beider Ehegatten bildete und wie sich in diesem Begriffe allmählig auch alle Arten des beigebrachten Vermögens, Erbe, Weichbildgut, Heergewette und Gerade auflöseten. Es entstand hieraus eine Wechselseitigkeit

Digitized by Google

des Verhältnisses beider Ehegatten zu diesem Gesammtgute, welche von selbst auch eine Gleichheit der Rechte bedingte, die nur durch die unvertilgbaren Folgen des uralten mundii des Mannes beschränkt wurde. An eine Aufhebung desselben war nicht zu denken; wozu hätte sie auch führen sollen? Allein eine Uebertragung desselben an die Frau, nach des Mannes Tode, war dem städtischen Lebensprinzip, welches den Grundsatz möglichster Einheit und Gleichheit in den Güterverhältnissen der Eheleute erzeugte, zu analog, als daß sie nicht durch allmähliges Herbringen hätte sanktionirt werden sollen.

Dieser Umstand ist für die Beurtheilung des Verhältnisses der überlebenden Ehegatten zu ihren Kindern so wichtig, daß wir uns nicht versagen können, ihn vorher geschichtlich möglichst scharf aufzufassen, ehe wir zur Entwickelung seiner rechtlichen Folgen schreiten.

Es ist schon bemerkt worden (§. 9.) wie im städtischen Leben nicht sowohl Individuen und Familien, als die einzelnen Weren, welche sie repräsentirten, gute Häuser, wie man noch jetzt zu sagen pflegt, als Zierden desselben betrachtet wurden. Alle Ansprüche der Familienglieder eines Hauses, wurden nach und nach mit solchen Maaßnahmen abgefunden, welche die beständige Rücksicht auf möglichste Erhaltung des Hauses in seiner standesmäßigen Ordnung gebot. Wiederverheirathung mochte in alten Zeiten seltener seyn; gewiß wurde sie bei Witwen ungern gesehen, weil sie der Einheit des Hauswesens widerstrebte. Indeß gebot die Rücksicht auf Erhaltung des Letzteren, nicht selten die Wiederverheirathung des überlebenden Gatten. Es war daher nicht blos erforderlich das Güter-

Digitized by Google

verhältniß der Eheleute zu einander während und nach der Ehe, sondern auch mit Rücksicht auf die Kinder, besonders für einen solchen Fall der Wiederverheirathung zu bestimmen.

Das zunächst liegende, einfachste und dem Wesen der Gütergemeinschaft entsprechendste Mittel dazu, war eine Schicht- und Todttheilung für alle künftige Zeiten. Der überlebende Gatte mußte die Kinder ein für allemal abfinden und sich dadurch in den Stand setzen, ein neues eheliches Gütergemeinschafts-Verhältniß eben so rein und unabhängig wieder zu begründen, als das frühere gewesen war. Eben so nahe lag der Gedanke, diese Schichtung zu gleichen Theilen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern geschehen zu lassen. Beide Ehegatten schienen gleich und daher zu zwei gleichen Theilen berechtiget zu seyn. Eine Hälfte des bisher gemeinschaftlichen Vermögens, schien der Ueberlebende für seinen Antheil fordern zu können, die andere fiel von selbst den Kindern zu. Zwar wurde durch eine solche Schicht- und Theilung weniger gut für die Erhaltung des bestandenen Hauswesens gesorgt, als durch allmählige Ausberadung und Abfindung der einzelnen Kinder, allein der überlebende Gatte mußte auch darauf rechnen, durch Wiedererheirathung anderen Vermögens, den Abgang des abgetretenen zu ersetzen. Bei allem dem blieb diese Maaßregel des Schichtens und Theilens eine unangenehme, nur durch das Gesetz der Nothwendigkeit gebotene, und so lange die Wiederverheirathung nicht eintrat, wurde von der wirklichen Schichtung kein Gebrauch gemacht. Dieses hatte am wenigsten Schwierigkeit, wenn der Mann der

der überlebende Theil war. So wie aus dem Verschmelzen des eingebrachten Guts der Frau mit dem des Mannes, sich zunächst die Idee gebildet hatte, daß dieser kraft des alten mundii der alleinige Disponent über das Sammtvermögen während der Ehe sey, so ergab sich auch ganz von selbst die fernere Folge, daß dieses Verhältniß nach dem Tode der Frau fortdauere; es war durch diesen nur eine, die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Mannes während der Ehe hindernde Schranke — das Mit-Eigenthum der Frau — gefallen; er erschien gewissermaassen von selbst als alleiniger Eigenthümer.

War die Frau der überlebende Theil, so stellte sich zwar ursprünglich alles anders; da sie selbst nicht absque mundiburdio handeln konnte, vielmehr mit ihrer Person eben so wohl, als mit ihrem Vermögen dem mundio des Mannes anheim fiel, so schien es, den älteren Rechtsbegriffen zufolge, nur noch um so unmöglicher, daß nach dem Tode des Mannes, die exorbitanten Rechte des Letzteren, auf sie übergehen sollten. Indeß machte auch hier die Zeit und der Umschwung, den der städtische Verkehr in alle Lebens-Verhältnisse brachte, das unmöglich Scheinende möglich und den Uebergang dazu sogar leicht.

Zunächst war es der Gedanke der Leibzucht, der hier vermittelnd einschritt. Sie stand dem überlebenden Gatten schon von alten Zeiten her an den Erbgütern des Verstorbenen, welche nicht ins Gesammtgut fallen konnten, zu, (s. d. Briloner Stadtrecht §. 2.) was war natürlicher als sie auf das Sammtgut zu erstrecken? Es wäre nicht allein hart für die Witwe, sondern auch

nachtheilig für den Zweck des bürgerlichen Lebens gewesen, wenn eine solche durch den Tod des Vaters ohnehin stark erschütterte Haushaltung in ihrer ruhigen Einrichtung noch mehr gestört, das mit wechselseitiger Anstrengung zusammengebrachte Vermögen zerrissen und um eine, eigentlich obsolet gewordene, darum an sich auch unfruchtbare Rechtsidee aufrecht zu erhalten, der Wohlstand einer Familie untergraben worden wäre. Man unterließ daher die Theilung eben sowohl wenn die Mutter, als wenn der Vater der überlebende Theil war.

Inzwischen konnte sich der Begriff einer Leibzucht am Gesammtgute des Weichbildrechts, praktisch nicht gut halten. Dieses mußte vielmehr, wie es entstanden war, so auch erhalten werden. Freier Verkehr im Handel und Wandel war sein Lebens-Element, dieses durfte ihm nicht entzogen werden; die Witwe mußte das Gewerbe des Mannes mit den Kindern fortsetzen und wie konnte sie das anders, als mit freier Dispositionsbefugniß? Die Idee einer Leibzüchterin im strengen Sinne, war damit unverträglich.

Es blieb daher nichts übrig, als noch einen Schritt weiter zu gehen und der Witwe alle Rechte welche der Mann im Leben über das Haus ausgeübt hatte, zu überlassen. Allerdings war es nun sehr auffallend, daß eine Frau, die ihrer ursprünglichen Stellung nach, selbst immer unter Vormundschaft war und aus einem mundium nur in das andere übergehen konnte (§. 2.) die Vormundschaft über ihre Kinder und das gemeinschaftliche Vermögen führen sollte; allein das Gesetz der Zweckmäßigkeit fürs praktische Leben siegte über das der Tradition, die

störenden Worte mundium, mundiburdium, Vormundschaft [95]) wurden umgangen und der Begriff der Were reichte hin, alle scheinbare Rechtswidersprüche aufzulösen. Die Kinder blieben mit dem überlebenden Ehegatten in der Were.

Es ist nemlich Were oder Gewere nicht sowohl das Haus oder der gemeinschaftliche Haushalt der Familie, als der eigenthümliche Besitz des Gesammtgutes.. Das Vermögen geht aus der Were des Einen in die des Anderen. Mit anderen Worten, die Mutter setzte den Besitz, die Were des Vaters fort; sie übte die Rechte desselben, gewissermaaßen Namens und im übergebenen Auftrage desselben aus, die Kinder blieben in dieser Were bei ihr und so bildete sich dasjenige Verhältniß aus, was wir fortgesetzte Gütergemeinschaft, communio bonorum prorogata nennen [96]) und welches dann auch, der überall hervortretenden Gleichheit der Rechte beider Ehegatten gemäß, eben so genannt wurde wenn der überlebende Vater mit den Kindern in der Were blieb; die Sache selbst war im einen wie im

---

[95]) Vielleicht trugen aber auch die eindringenden römischen Rechtsbegriffe, denen eine Tutel der Mutter sehr bekannt war, dazu bei, den hier beschriebenen Uebergang zu erleichtern. Fürstliche Frauen der Deutschen, führten schon zur Zeit der Ottonen die Vormundschaft über ihre Kinder. Pufendorff observationes. T. 2. obs. 11.

[96]) Das A. L. R. II. 1. §§. 634. 656 sq. kennt keine fortgesetzte Gütergemeinschaft. Eigentlich auch Dani Band 6. S. 431 nicht.

Digitized by Google

andern Falle die nemliche. So lange also der Vater lebt, ist er disponirender Eigenthümer über das Sammtgut, nach seinem Tode ist es die Mutter. Wer von ihnen den anderen überlebt, der setzt dieses Verhältniß mit den Kindern fort und letztere stehen zu dem überlebenden Parens in einem ganz analogen Verhältniß, als worin die Frau zum Manne steht.[97]) Diese rechtsgeschichtlichen Bemerkungen werden hinreichen, die Auslegung der Bestimmungen des Statuts, über die fortgesetzte Gütergemeinschaft, vollständig zu motiviren.

§. 18.

Fortsetzung.

Das Statut sagt in dem Absatz a. „Is dat also dat eyn vrowe efthe eyn man in der stat to Ruden

---

[97]) Scherer Th. 1. S. 332. entwickelt die Thorheit der Anwendung des römischen Repräsentationsrechts auf die deutsche Gütergemeinschaft und deducirt daraus die prorogirte Communion als eine Irregularität und als ein Unding; indem eheliche Gütergemeinschaft ohne Ehe unmöglich sey. In erster Beziehung hat er sehr Recht, denn das römische Repräsentationsrecht paßt zur deutschen Gütergemeinschaft nicht; aber das von ihm als Grundlage der Gütergemeinschaft vertheidigte condominium pro indiviso eben so wenig und eben darum hat er in der zweiten Beziehung unrecht, weil die fortgesetzte Gütergemeinschaft keine eheliche, sondern nur eine daraus entstandene ähnliche zwischen Eltern und Kindern ist, zu deren richtiger Auffassung es weder eines römischen Repräsentationsrechts noch eines condominii pro indiviso, sondern blos ungetrübter germanischer Rechtsgeschichte bedarf.

ſynt vnd Kindere hebbet ſteruet der eyn ſo ſulen de Kindere den haluen deyl des gudes behalden ande den anderen haluen deyl ſal de vader eſthe de moder wylich er leuendich blyuet behalden, vort me were dat alſo dat de man eſthe de vrowe de leuendich blyuet ſych vor-anderſeddede eſthe alſo blyuen ſo ſal he dat erflike gut tho ſyme lyue behalden den helfthen deyl alſo ock de vrowe ſo wan he dan ſteruet ſo ſulen de yrſten Kindere den ſelven haluen deyl tho ſich nemen."

Mit anderen Worten: Haben Eheleute in Rüden Kinder und es ſtirbt Einer von ihnen, ſo ſollen die Kinder die eine Hälfte des Sammtguts behalten, die andere Hälfte ſoll der überlebende Gatte haben. Dieſer ſoll auch, er mag ſich wieder verheirathen oder nicht, die Hälfte des Erbguts des Verſtorbenen lebenslänglich benutzen; nach ſeinem Tode aber fällt auch dieſe Hälfte den erſten Kindern zu. — Letztere Beſtimmung iſt, mit Aufhebung des Unterſchiedes zwiſchen Erb- und Weichbild-Gute, als antiquirt zu betrachten.

Dem Wortlaute des Statuts zufolge könnte es ſcheinen, als ob durch den Tod des einen Gatten, das Sammtvermögen ipso jure ſofort in zwei gleiche Hälften, auf den überlebenden Gatten nemlich und die Kinder, fiele.[98]) Allein dieſes iſt doch nicht ſo. Das Statut will nur das Verhältniß bezeichnen, nach welchem die künftige Auseinanderſetzung erfolgen ſoll. Dieſe trit aber nicht eher ein, als bis ſie nothwendig wird, und

---

[98]) So haben es auch Wigand Band 2. S. 70. und Phillips S. 215. verſtanden.

Digitized by Google

sie wird erst dann nothwendig, wenn der überlebende Gatte in ein solches Verhältniß trit, womit die durch den Tod des Verstorbenen herbeigeführte fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht bestehen kann; nemlich wenn er wieder heirathet oder wenn die Auseinandersetzung mit den Kindern beliebt wird. (§. 24.) Wir müssen uns hierüber etwas ausführlicher erklären.

1) Wenn aus einer mit Kindern gesegneten Ehe der eine Gatte stirbt, so bleibt das Vermögen als Gesammtgut beisammen und der überlebende Gatte verwaltet es, so wie dies während der Ehe durch den Mann geschah. Er lebt mit den Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft.

2) Wenn daher die Frau der überlebende Gatte ist, so gehen alle Rechte des Mannes durch dessen Tod auf sie über und ihre Dispositionsbefugniß steht ganz unter denselben Bedingungen, welche oben §. 9. 10. 11. in Bezug auf den Mann entwickelt sind.

3) Die Kinder treten hinsichtlich ihrer Berechtigung zum Sammtvermögen, in die Stelle des Verstorbenen, d. h. sie sind dann eventuel zur Hälfte berechtigt; so lange aber die fortgesetzte Gütergemeinschaft dauert, sind ihre Dispositionsbefugnisse ganz denjenigen analog, welche §. 9. 10. 11. hinsichtlich der Frau, während der Ehe entwickelt worden. Es steht ihnen daher namentlich wegen Veräußerungen und Verpfändungen des Vermögens, kein anderes Widerspruchs-Recht zu, als welches die Frau während der Ehe hatte, und sie selbst können aus Rücksicht ihrer eventuellen Berechtigung zur Hälfte, über die Substanz auf keine Weise verfügen, insbesondere keine

Digitized by Google

Hypothek constituiren; denn durch die Administration des überlebenden Gatten kann die ganze Masse absorbirt werden. Ihr Recht ist ein Recht und auch keines.[99])

4) Die Kinder haben also auch auf die Benutzung des Sammtvermögens kein anderes Recht, als welches die Frau während der Ehe hat; d. h. sie können die Substanz nicht angreifen, wohl aber, so lange sie sich nicht vom gemeinschaftlichen Haushalte trennen, also mit in der Were bleiben, verlangen, daß ihnen standesmäßiger Unterhalt gereicht, insbesondere daß damit die Kosten ihrer Erziehung bestritten werden.

5) Nutzen und Schaden sind der Sammtmasse gemein. Alles was der überlebende Gatte mit den Kindern gewinnt, wächst ihr zu; was er verliert und Schulden die er macht, gehen ihr ab.

6) Auch dasjenige, was der überlebende Gatte ohne die Administration des Gesammtvermögens, z. B. durch Erbschaft, Geschenk oder Glücksfall erwirbt, wächst der gemeinen Masse grade so zu, wie in der Ehe; sofern es seiner rechtlichen Natur nach, nicht als Sondergut betrachtet werden muß. Denn in den Verhältnissen des überlebenden Gatten, hat sich durch den Tod des Verstorbenen keine solche Aenderung zugetragen, welche in dieser Hinsicht eine andere Bestimmung erheischte.

---

[99]) Hiermit stimmt auch Scherer Th. 1. S. 362 obwohl nach seiner Theorie aus dem Grunde, weil der überlebende Gatte eigentlicher dominus solitarius sey und die Kinder gar keine Rechte an der Masse haben, so lange er lebt.

7) Was dagegen die Kinder in gedachter Art, nicht durch die Bewirthschaftung des Sammtvermögens, sondern anderswoher erwerben, das fällt nicht diesem sondern ihnen ausschließlich zu. Eben weil sie in ein neues Verhältniß zu der Masse treten, welches von dem des überlebenden Gatten dadurch wesentlich verschieden ist, daß dieser alleiniger Disponent über die Masse ist, woran sie, außer der Mitbenutzung, nur eventuelle Rechte erwarben. Die Nutznießung von solchem peculiarem Vermögen jedoch, wird dem überlebenden Gatten insolange belassen, als die Kinder ihre Subsistenz aus dem Gesammtvermögen beziehen. — Diese Ansicht ist auch in praxi niemals bestritten worden.[100])

8) Wollen sich die Kinder bei erlangter Großjährigkeit besonders etabliren, oder wollen sie sich außer dem Hause verheirathen und dadurch in eine andere Were übergehen, so können sie eine ihrem Stande und den Kräften des Vermögens angemessene Abfindung verlangen; welche jedoch bei der demnächstigen Auseinandersetzung zu conferiren ist. Die Gründe für diese Bestimmung beruhen in den nemlichen Verhältnissen, welche wir §. 9. für die Ausstattung der Kinder während der Ehe entwickelt haben.[101]) Alles was die Kinder nach

---

[100]) Eichhorn Pr. R. §. 307.

[101]) Man kann auch dafür das röm. Recht anführen, welches als subsidiares Recht die Dotation fordert, die durch das Statut nicht ausgeschlossen wird. Danz Band 6. S. 371. vergl. Phillips S. 225. und den daselbst allegirten Eichhorn.

ihrer Ausscheidung aus der elterlichen Were durch Fleiß oder Glücksfall gewinnen, das gehört ihnen ausschließlich.[102])

9) Eine solche Ausscheidung kann vertragsmäßig auch eine definitive Abschichtung der einzelnen Kinder werden, deren Folgen unten weiter entwickelt werden sollen. Der überlebende Gatte setzt dann die Gütergemeinschaft mit den übrigen Kindern allein fort. So wie nemlich

10) die Gütergemeinschaft während der Ehe durch Vertrag der Eheleute aufgehoben werden kann (§. 7.), so kann dies auch geschehen, wenn sie nach dem Tode mit den Kindern fortgesetzt wird, und so wie in jenem Falle, ein Ehegatte den anderen zu solcher vertragsmäßiger Aufhebung nicht zwingen kann, so kann der überlebende Ehegatte von den Kindern auch nicht dazu gezwungen werden, wenn er die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht selbst, z. B. durch Wiederverheirathung, unmöglich macht. Umgekehrt kann aber wohl der überlebende Gatte die Kinder zur Aufhebung der Gütergemeinschaft zwingen; denn die Dispositionsrechte des Verstorbenen sind auf ihn allein übergegangen, und es liegt nur in seiner Befugniß die Gütergemeinschaft fortzusetzen, nicht in seiner Verbindlichkeit. Die Kinder haben nach dem Statut Art. a. nur Anspruch auf die Hälfte des Vermögens. Wird ihnen diese abgetreten, so müssen sie es sich gefallen lassen; will der überlebende Gatte die

---

[102]) Damit stimmt auch das Lippe'sche Recht. Verordnung von 1786. §. 16. Scherer Theil 1. S. 368.

Digitized by Google

Gemeinschaft fortsetzen, so können sie, dem vorhin Gesagten zufolge, nichts dagegen machen. Es existirt auch kein Beispiel, wo Kinder den überlebenden, nicht wieder heirathenden Gatten, zur Aufhebung der Gemeinschaft hätten zwingen wollen.[103])

11) Nur dann kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft, auch gegen den Willen des überlebenden Gatten, durch Abschichtung mit demselben aufgelöset werden, wenn er als erklärter Wahnsinniger oder Verschwender, zur Vermögens-Verwaltnng unfähig wird; denn so wie in

---

[103]) Cosmann, Versuch einer Erläuterung der Frage: Kann der letztlebende Ehegatte aus der mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft willkührlich austreten? Lemgo 1792, hat zwar der Ansicht Geltung zu verschaffen gesucht, daß auch der überlebende Gatte die Kinder zur Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht zwingen könne. Allein seine Gründe beruhen blos auf der Voraussetzung, daß die Rechte der Kinder und des überlebenden Gatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft eben so gleich seyen, als die beider Hälften in der Ehe, und diese Voraussetzung ist falsch. Die Meinung hat daher auch in praxi nirgend Beifall gefunden. Das A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 609 sq. gestattet zwar den Kindern oder deren Vormündern, in mehreren Fällen das Recht, auf Auseinandersetzung anzutragen, z. B. wenn die Töchter sich verheirathen, oder die Söhne sich besonders etabliren; allein es hat, weil das Statut die Ausnahmefälle nicht kennt, hier nur doctrinellen Werth, obgleich der bezogene Titel gilt. Die im Texte ausgesprochene Ansicht ist auch in Sachen Schütte und Birwe zu Hönkhausen durch Zeugenverhöre als die richtige constatirt worden.

Digitized by Google

einem solchen Falle die Vermögens-Verwaltung während der Ehe, nach §. 12., von dem einen Gatten auf den anderen übergeht, so muß sie hier dem einzigen noch übrigen Gatten, welcher die Dispositionsbefugniß allein überkommen hat, genommen werden und die Gütergemeinschaft muß ganz aufhören, weil kein Disponent mehr da ist, dem sie zur Fortsetzung übertragen werden könnte. Der prodigus wird dann mit seiner Vermögenshälfte eben so unter Curatel gestellt, als die Kinder mit der ihrigen.[104])

§. 19.

Fortsetzung. Vormundschaft.

Eine besondere Betrachtung verdient hier noch die Frage, wie es in der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Vormundschaft zu halten, wenn die Frau der überlebende Gatte ist.

Den bisherigen Entwickelungen zufolge, unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß von Bestellung einer eigentlichen Vormundschaft nicht die Rede seyn kann; denn alle Rechte des mundii sind durch den Tod des Mannes auf die Frau übergegangen und diese Rechte schließen jegliche Beschränkung durch eine Vormundschaft aus; welche, da sie keine Art von Aufsicht zu führen hat, ohne Gegenstand und darum ohne Zweck seyn würde.

---

104) Der nemliche Fall würde eintreten, wenn beide Ehegatten unter Curatel gestellt werden müßten. Wie es alsdann mit der Gütergemeinschaft zu halten, darüber schweigt die Praxis; wohl aus Mangel an Erfahrung.

Digitized by Google

Aus diesem Hauptsatze folgt dann auch ferner, daß die Mutter, welche den Vormund vollständig vertrit, hinsichtlich ihrer Befugnisse und Pflichten, unter keinen anderen Bedingungen steht, als der Vater; daß sie eben deshalb weder selbst als Vormünderin unter obervormundschaftliche Aufsicht gestellt werden kann, noch dergleichen Einschreitungen vermittelst Anordnung einer besonderen Vormundschaft zu dulden braucht.[105]) So einfach und folgerichtig dieses Rechtsverhältniß ist, so vielfach hat doch die, durch die preußische Pupillenordnung provocirte, Regreßangst der Gerichte daran gedreht und gedeutelt;[106]) indem man von der Voraussetzung ausging, die Pupillenordnung müsse überall, wenigstens insoweit zur Anwendung kommen, als es unbeschadet der Rechte des überlebenden Gatten, an dem aus der Gütergemeinschaft herrührenden Vermögen geschehen könne. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß durch diese Voraussetzung, wenn der Hauptgrundsatz festgehalten wird, die Sache nicht anders werden kann. Es ist daher auch nicht nöthig, hier auf eine weitere Prüfung der verschiedenen Folgen einzugehen, welche man aus jener Voraussetzung ziehen zu können geglaubt hat. Wir wollen uns vielmehr darauf beschränken, das Sachverhältniß so zu entwickeln, wie es sich im hiesigen Departement, nach den darüber bestehenden besonderen Verordnungen[107]) herausstellt.

---

105) Wigand Bd. 1. S. 29. Scherer, Bd. 1. S. 355.

106) Wigand Bd. 1. S. 29.

107) Diese sind hauptsächlich: Bericht des Königl. Hofgerichts vom 3. August 1830 und das darauf erlassene Justiz-

Digitized by Google

1) Die Anordnung einer eigentlichen Vormundschaft ist, so lange die überlebende Mutter unverheirathet bleibt und nicht etwa selbst unter Curatel steht [108]) unnöthig und unthunlich.

2) Dagegen ist es in der Regel zweckmäßig, eine Curatel anzuordnen, [109]) theils um die in vielen Fällen streitige Frage: ob in der aufgelöseten Ehe factische Gütergemeinschaft bestanden habe? festzustellen; theils um auszumitteln, ob etwa Vermögen der Kinder vorhanden ist, welches nicht zu dem gütergemeinschaftlichen gehört und worüber daher der Mutter die Administration nicht von selbst zufällt.

3) Zur Legung eines Inventars kann die Witwe von Rechtswegen eigentlich nicht gezwungen werden; [110]) jedoch ist die Einreichung eines solchen erforderlich, um nach demselben ermessen und eventuell nachweisen zu können, in wiefern etwa eine solche Deterioration des Ver-

---

Ministerial-Rescript vom 14. April 1831 das Verfahren in Vormundschaft-Sachen bei prorogirter Gütergemeinschaft betreffend. Abgedruckt in Esselen Sammlung der Gesetze, Instruktionen und Verfügungen, welche an die Gerichte des Hofgerichts-Departements, seit Einführung der preußischen Gerichtsverfassung erlassen worden. Theil 1. S. 140.

108) Z. B. wenn sie noch minderjährig wären. Scherer, Bd. 1. S. 355.

109) Das Note 105 gedachte Just. Minist. Rescript nennt sie eine Vormundschaft; obgleich sich ihre Thätigkeit auf eine Curatel beschränkt.

110) Scherer Bd. 1. S. 355. Phillips S. 222.

mögens eintritt, um deren Willen der Mutter die Administration entzogen werden muß. Um dieses Inventar zu erhalten, wird die Witwe allerdings zur Legung desselben aufgefordert werden müssen, und diese Aufforderung wird in den meisten Fällen ihren Zweck nicht verfehlen; sollte letzteres dennoch der Fall seyn, so würde ein sonstiges Privatvermögens-Verzeichniß, die Stelle des eigentlichen Inventars vertreten müssen.

4) Auf die Vermögens-Verwaltung selbst, steht dem Vormunde oder Curator, so lange sie nicht auf den Grund gesetzlicher Maaßnahmen besonderen Einschränkungen unterworfen ist, kein Einfluß zu.

5) Eben daher hat sich auch das vormundschaftliche Gericht nicht um die Prüfung der Activorum zu bekümmern. Die desfallsigen Vorschriften im A. L. R. II. 18. §. 455 sq. setzen Maaßregeln voraus, deren Anwendung die Verwaltungsrechte des Ueberlebenden aufs Empfindlichste kränken würde.

6) Dasselbe ist mit den Vorschriften über die Administration und Erhaltung der Immobilien der Fall, (A. L. R. II. 18. §. 528 sq.) welche daher ebenfalls außer Anwendung bleiben. So lange die Mutter lebt, kann auf den Namen der Kinder, der Besitztitel von den Immobilien nicht berichtigt werden. Dieses würde ihre Dispositionsbefugniß widerrechtlich einschränken.

7) Eben dieser Dispositionsbefugniß wegen, ist die Mutter weder zu irgend einer Rechnunglegung noch auch zur Nachweise der Vermögens-Substanz verbunden. Zur Controle kann letztere nur vom Curator erfordert werden; denn wenn die Mutter dazu aufgefordert

würde und solche entweder ganz verweigerte oder in unzureichender Weise gäbe, so würden die Gerichte sich damit doch insolange beruhigen müssen, als nicht etwa Materialien zur Einleitung eines ihre Dispositionsrechte überhaupt einschränkenden Verfahrens vorhanden sind.

8) Aus dem nemlichen Grunde kann auch die Befugniß der Mutter, wie das Vermögen überhaupt, so insbesondere die Immobilien, durch Veräußerung, Verpfändung, oder sonstige Beschwerungen zu verringern, nicht beanstandet werden. Jegliche Beschränkung dieser ihrer Befugniß, würde sie sich nicht gefallen zu lassen brauchen und die Gläubiger, zu deren Gunsten sie disponirte, würden ihr gutes Recht für sich anzuführen haben, wenn sie, allen desfallsigen Beschränkungen der vormundschaftlichen Gerichte zum Trotz, von jenen Dispositionen Gebrauch machten.

Was übrigens den Nachweis der oft gedachten Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten nach Rüdener Rechte betrifft, so ist derselbe aus den Contractenprotocollen des Justizamts Rüden aller Jahrgänge zu entnehmen, welche in langer Reihe darüber vorliegen. Hier wird es genügen, auf diejenigen Fälle Bezug zu nehmen, welche in Sachen Oberstadt gegen Oberstadt, zuletzt im Protocolle vom 4. December 1833 constatirt worden sind.[111])

---

[111]) Mit dem Rüdener Rechte sind fast alle andere Statuten über die gedachte Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten einverstanden. Man findet darüber

§. 20.

B. Dispositionsbefugnisse des überlebenden, ledig bleibenden Gatten von Todeswegen.

Dem überlebenden Ehegatten steht es frei, die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Schichtung mit den Kindern zu beendigen. (§. 18.) Die Kinder sind durch das Statut zur Hälfte des Gesammtgutes gerufen, die Abschichtung erfolgt daher auch nach diesem Verhältniß. Die unmittelbare Folge davon ist, daß der überlebende Ehegatte über die ihm verbleibende Hälfte grade so disponiren kann, wie jeder Andere, welcher weder in Gütergemeinschaft lebt, noch Kinder hat. Wäre dieses nicht der Fall, so würde der überlebende Gatte außer Stande seyn, mit der ihm zufallenden Hälfte, eine neue eheliche Gütergemeinschaft, mit eben so vollständiger Wirkung wieder zu beginnen, als die vorige war, welches doch weder Theorie noch Praxis jemals bestritten hat. Die Kinder sind durch Abschichtung als so abgefunden zu betrachten, daß sie nur noch als Intestat-Erben, nicht aber als Notherben mehr zur Sprache kommen. (§. 15.)

Aus diesem Sachverhältniß ergiebt sich die Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten auf den Todesfall von selbst. Hat er nemlich

1) mit seinen Kindern freiwillig Schicht- und Theilung gehalten, so kann er über die ihm zufallende Hälfte,

---

zahlreiche Nachweisen bei Welter S. 108. v. Kamptz Jahrb. Band 28. S. 199. Danz Band 6. S. 436. Scherer Band 1. S. 352.

Digitized by Google

ohne Rücksicht auf die Kinder, letztwillig verfügen, wie er will.

2) Ist dagegen eine Schichtung nicht erfolgt, besteht also die Gütergemeinschaft fort, so ist eine einseitige letztwillige Disposition des überlebenden Gatten nur eben so thunlich, als in der Ehe. (§. 12.) So wie hier der eine Gatte testiren kann, wenn er die eventuellen Mitrechte des Gatten auf den Todesfall nicht kränkt, so kann dieses auch im vorliegenden Falle geschehen, wenn die eventuellen Rechte der Kinder nicht gekränkt werden, und da diese in einer Hälfte des Vermögens bestehen, ohne daß dabei eine solche Rücksicht auf Noth-Erben zu nehmen wäre, wie in einer mit Kindern gesegneten Ehe (§. 13.),[112]) so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der überlebende Gatte, wenn er die den Kindern durch das Statut evinzirte Nothportion berücksichtigt, über die ihm verbleibende, ab intestato zu vererbende Hälfte, gültig per testamentum disponiren kann.

---

[112]) Es ist hier angegeben worden, daß eine Testamentifaction nicht denkbar sey, weil der Testator nicht testiren könne, ohne über den Antheil des anderen Gatten mitzudisponiren; indem bei der ungetheilten Gemeinschaft keiner der Ehegatten einen besonderen Theil hat. Letzteres ist aber bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht der Fall, weil das Statut den Kindern, deren Rechte denen des verstorbenen Gatten nicht gleich, sondern hinsichtlich ihrer Dispositionsbefugniß nur analog sind, gleich einen ideellen Antheil am Ganzen, nämlich die Hälfte zuweiset. Wigand, Bd. 1. S. 40.

3) Eben deshalb kann dann auch der überlebende Gatte eine Theilung unter seinen Kindern gültig und nach Willkühr vornehmen, wenn er unter Berücksichtigung, daß solche eigentlich eine Schichtung in sich schließt, die für letzteren Fall den Kindern zukommende Hälfte unangetastet läßt. Alle diese Grundsätze sind wohl unzweifelhaft und mit dem Wesen der Gütergemeinschaft ganz übereinstimmend.[113]) Die Rüdener Praxis geht aber noch weiter, indem sie dem überlebenden, ledig bleibenden Gatten, unbedingt das Recht attribuirt, über das ganze Sammtvermögen gültig von Todeswegen zu disponiren, wenn er den Kindern nur ihren Pflichttheil, der dann aber auch freilich vom ganzen Vermögen berechnet wird, unangetastet läßt. Dieses macht mitunter einen bedeutenden Unterschied. Betrüge z. B. das Vermögen 6000 Thaler und es wären 3 Kinder da, so würden diese, wenn der überlebende Gatte ihnen die Hälfte des Vermögens lassen müßte, jedes 1000 Thaler erhalten; kann er aber über das Ganze bis auf den Pflichttheil disponiren, so würde er den Antheil der einzelnen Kinder auf 666⅔ Thaler als die portio legitima reduziren können. In der schon vorhin (§. 19.) gedachten Sache: Oberstadt gegen Oberstadt sind mehrere Fälle solcher letztwilligen Dispositionen durch Urkunden und Zeugen constatirt; jene Sache selbst aber, wo die Gültigkeit einer ähnlichen Disposition zur Contestation kömmt, ist noch nicht entschieden.

---

113) Vergl. Phillips S. 226.

Digitized by Google

§. 21.

C. Verhältniß der Kinder unter sich.

Das Verhältniß der Kinder zum überlebenden Gatten, ist in dem vorigen Paragraph hinlänglich auseinandergesetzt. Ueber das der Kinder unter sich, spricht sich das Statut also aus: c. „Were dat also dat lude weren de Kindere hedden vnd der eyn vor velle vnd de andere vor anderseddede syc vnd de Kindere bleuen semmentliken eynweldich vor velle der Kindere eyn dat andere solde et eruen.“ Mit anderen Worten: Stirbt von zwei Ehegatten, welche Kinder haben, der eine, und der andere heirathet wieder, so sollen die Kinder, welche unverheirathet sterben, von den anderen Kindern beerbt werden. — In dieser Bestimmung liegt zuvörderst eine Bestätigung der Ansicht (§. 18.), daß das Statut durch Bestimmung des Antheils der Kinder an dem Sammtvermögen, dieses durch den Tod des einen Gatten nicht sofort in zwei getrennte Hälften habe auflösen, sondern nur einen Auseinandersetzungs-Maaßstab für die künftige Auflösung habe angeben wollen, und daß folglich die praktisch in Rüden bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft, auch dem Statute schon nicht unbekannt gewesen sey. Da nämlich in der ausgehobenen Bestimmung, nur für den Fall von dem Erbrechte der Kinder unter sich geredet wird, wenn der überlebende Gatte wieder geheirathet hat, also eine Schichtung zwischen ihm und den Kindern nach dem im Absatze a. angegebenen Maaßstabe wirklich erfolgt ist, so geht daraus mittelbar hervor, daß man sich die Nothwendigkeit dieser

Schichtung, auch nur in dem Falle der Wiederverheirathung gedacht hat. Sodann ergeben sich aus der gedachten Bestimmung, in Verbindung mit dem, über die fortgesetzte Gütergemeinschaft Gesagten, hinsichtlich der Successionsrechte der Kinder unter sich, folgende Sätze:

1) So lange die fortgesetzte Gütergemeinschaft dauert, wachsen die Erbtheile der Kinder, welche ohne Leibeserben sterben, der gemeinschaftlichen Masse wieder zu, und an dieser Masse bleiben, unter den angegebenen Verhältnissen, sämmtliche lebende Kinder zu einer Hälfte berechtigt.

2) Ist die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgehoben, und es stirbt eins von den Kindern ohne Leibeserben, so fällt der Antheil desselben blos auf seine Geschwister. Da nemlich durch die Erbschichtung zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern, alle Noth-Erbenverhältnisse unter ihnen aufgehoben sind, so hat der Ueberlebende so wenig Ansprüche an dem Vermögen der Kinder, als diese an dem Seinigen; die Geschwister sind sich unter einander als nothwendige Intestat-Erben durch das Statut substituirt.

3) Dadurch sind jedoch weder Testament-Erben noch gesetzlich nähere Leibes-Erben ausgeschlossen; denn die besondere statutarische Substitution ist nicht weiter auszudehnen, als sie wirklich lautet; sie spricht selbst nur von einweldigen — unverheiratheten — Geschwistern, und schließt die Testamentifaction, welcher auch sonst keine wesentliche Bestimmung der Gütergemeinschaftslehre entgegensteht, nicht aus.

4) Wenn daher ein in fortgesetzter ehelicher Güter-

gemeinschaft lebendes Kind, vor Aufhebung derselben durch Abschichtung, stirbt und es hinterläßt Kinder, so treten diese bei der künftigen Separation an seine Stelle; hinterläßt es einen kinderlosen Gatten, so hat dieser auf nichts anderes Anspruch, als was der Verstorbene in die Ehe gebracht hat; entweder nach den Grundsätzen der in dieser Ehe bestandenen Gütergemeinschaft (§. 14.) oder nach denen der gemeinen Erbfolge.

5) Ist ein einzelnes Kind durch Erbschichtung ganz aus der väterlichen Were abgetrennt, so hat es an der Gesammtmasse weiter keine Ansprüche (§. 18. Nr. 9.) stirbt es aber ohne Leibes- oder Testaments-Erben, so muß nach der vorhin ausgehobenen Stelle des Statuts angenommen werden, daß sein Nachlaß lediglich auf die noch in der Were lebenden Geschwister falle, und folglich zu deren Separatvermögen gehöre. Das ausschließliche Erbrecht der Geschwister, ist nemlich nicht allein nach den Worten jener Stelle klar, sondern es liegt auch in der Natur der Sache, weil durch die frühere Abschichtung nur das wechselseitige Vermögensverhältniß zwischen dem parens superstes und dem abgeschichteten Kinde, nicht aber zwischen diesem und seinen Geschwistern aufgehoben wurde; denn wenn künftig eine fernere Abschichtung zwischen ihnen und dem überlebenden Gatten eintrit, so können sie nicht mehr die volle Hälfte des Vermögens verlangen, sondern sie müssen sich dasjenige abziehen lassen, was z. B. der abgeschichtete verstorbene Bruder bereits erhalten hat, als welcher insofern mit seinen Geschwistern gewissermaßen in einer besonderen Gewere stand. Daß aber überhaupt solches

Digitized by Google

Vermögen, welches den mit dem überlebenden Gatten in gemeinschaftlicher Gewere stehenden Kindern, nicht durch die Bewirthschaftung des dazu gehörigen Sammtvermögens, sondern anderswoher, durch Schenkung, Erbschaft u. s. w. zufällt, auch nicht Theil des Sammtvermögens wird, ist schon oben (§. 18. Nr. 7.) bemerkt worden.

§. 22.

b. Wirkungen der Gütergemeinschaft, wenn der überlebende Gatte wieder heirathet. A. Einkindschaft.

Wenn der überlebende Gatte zur anderweiten Ehe schreitet, so kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft eben so wenig fortdauern, als nach dem Tode des einen Gatten, die erste eheliche. Sie lös't sich dann von selbst auf, wenn nicht durch Einkindschaft ein neuer Abschnitt derselben begründet wird.[114]) Diese ist ein Vertrag zwischen den Kindern erster Ehe, zwischen dem überlebenden Gatten und dem künftigen Gatten desselben, wodurch letzter mit den zu erwartenden Kindern der ferneren Ehe, in die bisherige Gütergemeinschaft aufge-

---

[114]) Hinsichtlich der Zeitfristen, während welcher der überlebende Gatte, je nachdem es der Vater oder die Mutter ist, zur anderweiten Ehe schreiten darf, bleiben die bisherigen bekannten Vorschriften in Kraft, weil die darauf Bezug habenden Stellen des Landrechts II. 1. §. 20 und folg. hier nicht receipirt sind.

nommen wird und also die Stiefeltern und Stiefkinder, hinsichtlich ihrer Rechte und Verbindlichkeiten gegeneinander, ganz auf den gleichen Fuß, wie leibliche Eltern und Kinder gesetzt werden, somit auch die nemlichen Erbrechte gegeneinander erhalten wie diese.[115])

Das Statut spricht sich über den Einkindschaft-Vertrag nicht aus; er gehört auch eigentlich nicht zur Gütergemeinschaft, sondern hat sich nur aus Veranlassung derselben ausgebildet und steht somit ganz unter den Vorschriften des gemeinen deutschen Privatrechts. Die Lehre davon, kann eben deshalb hier ihre volle Abhandlung nicht finden; jedoch wollen wir Folgendes darüber bemerken.[116])

Im Allgemeinen ist ein solcher Vertrag sehr zu begünstigen, weil dadurch unter den Geschwistern verschiedener Ehen, Liebe und Eintracht befördert, die häuslichen Angelegenheiten in unverletztem Stande erhalten und so manche, aus getrennten Vermögensverhältnissen fließende Veranlassungen zu Zänkereien und Processen vermieden werden. Allein je wichtiger die Interessen der Kinder sind, für welche auf diese Weise Vorsorge getroffen werden soll, desto gewissenhafter müssen dieselben auch berathen werden, ehe ein Vertrag darüber abgeschlossen wird. Aus diesen Rücksichten wird zur Ein-

---

115) Die Vorschriften des A. L. R. II. 2. §. 717. haben hier keine Geltung.

116) Vergl. Scherer Tbl. 1. S. 458.

gehung einer Einkindschaft erfordert: 1) außer der Einwilligung der Eltern, welche die neue Ehe eingehen, die der Kinder und wenn diese noch minderjährig sind, ihrer Vormünder und nächsten Verwandten, insbesondere gewöhnlich der Großeltern, wenn sie noch leben. 2) Eine genaue Vergleichung des Vermögens, welches den Kindern bei einer Theilung zufallen würde, mit demjenigen, was dagegen die neuen Eheleute zur Gemeinschaft conferiren; um beurtheilen zu können, ob nach Gesetzen der Wahrscheinlichkeit, für die Vorkinder wesentliche pecuniäre Vortheile von der Einkindschaft zu erwarten seyn möchten. 3) Sorgfältige Erwägung aller persönlichen Verhältnisse, welche auf die Erreichung der allgemeinen wohlthätigen Zwecke der Einkindschaft einen Einfluß haben können. 4) Hierauf erfolgende obrigkeitliche Bestätigung des vormundschaftlichen Gerichts.

Ob bei einer sich ergebenden, gar zu bedeutenden Ungleichheit des beiderseits inferirt werdenden Vermögens, den Vorkindern ein sogenanntes Voraus oder den Eltern ein Reservat, etwa durch Ausnahme einzelner zur Gemeinschaft nicht zu ziehender Güter, zu stipuliren seyn möchte, hängt von den Umständen ab, und ist an sich eben so außerwesentlich, als andere einzelne Bestimmungen, welche verschiedene Statutarrechte noch besonders erfordern;[117]) von denen aber, wie schon gesagt, in unserem Statut nichts vorkömmt.

Die Folgen der gültig geschlossenen Einkindschaft,

---

[117]) Scherer Thl. 1. S. 462.

Digitized by Google

liegen schon in dem Begriffe derselben, bedürfen also keiner weiteren Entwickelung.[118]) Die Aufhebung derselben erfolgt 1) durch alle diejenigen Gründe, welche die Auflösung der Gütergemeinschaft überhaupt herbei führen; 2) durch Rescission, wenn die Kinder solche wegen Verletzung über die Hälfte verlangen können. 3) Außerdem wird von manchen Rechtslehrern[119]) behauptet, sie sey gefallen, wenn in der zweiten Ehe keine Kinder erfolgen oder zur Zeit des Erbfalls keine solche vorhanden sind, weil in solchem Falle die Haupt-Absicht des Vertrages: Einkindschaft nicht erreicht werden könne. Diese Meinung ist jedoch offenbar unrichtig; denn der Vertrag wird nicht geschlossen, damit Kinder in der zweiten Ehe erzeugt werden, sondern der zweite Ehegatte wird in die bestehende Gütergemeinschaft aufgenommen, damit wenn Kinder erzeugt werden, diese und die bereits vorhandenen, sich als rechte Ge-

---

[118]) Runde Privatrecht §. 672. und folg. betrachtet die Einkindschaft als einen bloßen Erbvertrag ohne Suitätsrechte und folgert daraus eine Disparität zwischen den Erbrechten unirter und natürlicher Kinder, im Verhältniß zu den Eltern, die aber ungegründet ist, und manche Anomalien gegen den Begriff zur Folge hat.

[119]) Z. B. Runde Privatrecht §. 677. Tafinger über die Einkindschaft. Nürnb. 1785. §. 29. v. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen, Band 4. Nr. 71. Auch einzelne Statuten verordnen dieses (Runde a. a. O.), hierauf kann es jedoch bei Entwickelung der Lehre im Allgemeinen, nicht ankommen.

Digitized by Google

schwister gleich stehen sollen. Werden also keine Kinder erzeugt, so fällt nur die mögliche Folge, nicht die nothwendige Bedingung des Vertrages weg: daß Kinder verschiedener Ehen unirt werden; keinesweges aber hören die durch den Vertrag begründeten Communion-Verhältnisse beider Gatten zu einander und ihre Suitäts-Verhältnisse zu den schon vorhandenen Kindern auf. Ein solches Fallen der Einkindschaft würde auch zu großen, zum Theil unauflöslichen Verwirrungen führen, denn 1) so lange die Ehe dauert, kann man niemals sagen, daß sie kinderlos bleiben werde. (Man denke an Sara.) Der Vertrag würde also gelten müssen, so lange die Ehe dauert. Wird sie aber durch den Tod des einen Gatten kinderlos gelöset, so wäre bis zu ihrem Anfange zurück diese Kinderlosigkeit constatirt, und man würde zugleich behaupten müssen, der Vertrag sey niemals durch Perfection gültig geworden. 2) Alle Vortheile, welche man durch Vermeidung der Schichtung gewinnen wollte, würden durch die jetzt eintretende Nothwendigkeit derselben, nicht allein wieder verloren gehen, sondern dieselbe würde, eben weil sie unterblieben, in den meisten Fällen auch nicht einmal mehr in befriedigender Art zu bewirken seyn.[120])

---

[120]) Für unsere Meinung sind Danz Band 8. §. 676. Pufendorf T. 1. obs. 200. §. 20. T. 3. obs 114. §. 3. Westphal Priv. Recht Theil 2. S. 81. Phillips deutsches Privatrecht S. 334.

§. 23.

Fortsetzung. B. Adoption.

Verschieden von der Einkindschaft ist das ähnliche Institut der Adoption. Was diese sey und worin sie sich von der deutschen Einkindschaft unterscheide, darf aus dem gemeinen Rechte vorausgesetzt werden und bedarf es insofern hier keiner Entwickelung der Lehre darüber. Allein die Beantwortung der Frage, ob in kinderloser Ehe eine Adoption mit voller Wirkung statt finde? kann bei der Gütergemeinschaft Schwierigkeit in der Erwägung finden, daß durch eine solche Adoption, möglicher Weise die Rechte von Noth-Erben auf den aus kinderloser Ehe sicher zu erwartenden Pflichttheil (§. 15.) verletzt werden können. Diese Schwierigkeit ist in der That nicht ungegründet und muß daher ihre Erörterung finden.

Die Adoption ist ihrem Ursprunge nach dem deutschen Rechte fremd; sie ist in den römischen Staats- und Familien-Verhältnissen geschichtlich begründet, und daher als ein in Deutschland nur recipirtes Institut lediglich nach römischen Rechtsgrundsätzen zu betrachten.[121]) Diese entscheiden daher nicht nur hinsichtlich der übrigen Wirkungen derselben, sondern auch namentlich der zur Frage gestellten Erbrechte und zwar bei uns um so mehr, weil über die gesetzlichen Erbrechte, die Vorschriften des gemeinen Rechts fortwährend zielgebig

---

[121]) Dani Bd. 7. S. 93.

Digitized by Google

ſind. Da nun die römiſche Lehre über Adoption, in ſolcher Beziehung nur die Beſchränkung enthält, daß derjenige nicht adoptiren ſoll, der ſchon Kinder unter ſeiner Gewalt hat,[122]) ſo wird es dabei um ſo mehr ſein Bewenden behalten müſſen, weil auch das Rüdener Recht nicht weiter geht. Es ſagt nemlich im Abſatz k: „Eyn man oder eyn vrouwe de neyne lyff eruen en heuet, mach wol eyns anderen Kindere keyſen in Kindes ſtait als recht is ꝛc.“ (§. 1.) Es liegt noch eine Urkunde von 1489 im Rüdener Stadt-Archive, welche eine ſolche Annahme an Kindesſtatt umſtändlich beſchreibt und welche wir hier im Auszuge mittheilen.

Einwald Revelung erſchien vor dem Stadtrath zu Rüthen, im Beiſtande Volperts von Bruwerdinghauſen ſeines Lehnherrn und erklärte mit deſſen Wiſſen und Willen, nach Gewohnheit und Recht der von Rüden, daß er ſeine Stieftochter Elſe, Ehefrau Herrmanns up dem Houcle und deren beider Kinder Johann, Einwald und Anne, zu ſeinen rechten, echten Kindern, als wären ſie von ſeinem eigenen Leibe gezielt und geboren, annehme; ſo daß ſie einer vom andern Erbe nehmen und geben ſollen, nach Fügung Gottes; gleichwie ein Kind von ſeinem Vater und der Vater von ſeinem Kinde, nach Gewohnheit und Recht der von Rüden, thun ſoll und mag. — Es wurden alſo durch dieſen Act volle Suitätsrechte für die Kinder und weil der Lehnherr dazu einwilligte, ſogar alle Lehn-Succeſſionsrechte begründet.

---

122) Thibaut Pandekten §. 489.

§. 24.

C. Schicht- und Theilung zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern.

Wenn die Fortsetzung oder Wiedereingehung der Gütergemeinschaft nicht durch Einkindschaft erzielt wird, so muß zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern, die Abschichtung der Letzteren durch Theilung eintreten. Diese wird dadurch bewirkt, daß zuvörderst den minderjährigen Kindern ein Vormund oder Curator angeordnet, von dem überlebenden Ehegatten ein vollständiges, erforderlichen Falls eidlich durch ihn zu erhärtendes Inventar, über das sämmtliche, zur Gütergemeinschaft gehörige, zur Zeit der Wiederverheirathung des überlebenden Gatten vorhandene, Vermögen gelegt und auf den Grund dessen, die Theilung vollzogen wird. Ueber die Art der Theilung, ist noch folgendes Nähere zu bemerken: 1) das inventirte Vermögen wird in zwei gleiche Hälften gesetzt; die eine erhalten die Kinder, die andere verbleibt dem überlebenden Gatten. (§. 18.) 2) Die Kinder vertheilen ihre Hälfte unter sich nach Köpfen. Enkel treten an die Stelle der Kinder. Dabei conferiren sie dasjenige, was sie als Aussteuer erhalten haben (§. 18. Nr. 8.), nicht aber, was auf ihre Erziehung und Pflege verwendet worden, so lange sie in gemeinschaftlicher Were mit dem überlebenden Gatten blieben; denn diese Kosten afficiren die gemeine Masse. (§. 18. Nr. 4 und 7.) 3) Der überlebende kinderlose Gatte eines verstorbenen Kindes, gelangt nicht mit zur Theilung. Er hat nur Anspruch auf die portio sta-

tutaria von demjenigen, was das verstorbene Kind, sein Mitgatte, in die Ehe gebracht hatte; nur dieses gehört in die Communion dieser Ehe, als wirklich dazu gebrachtes Vermögen, nicht aber dasjenige, was erst nach dem Tode des Mitgatten, auf diesen gefallen seyn würde. (§. 4. c. §. 14. §. 18. Nr. 7.) 4) An der den Kindern zufallenden Hälfte, steht dem überlebenden Gatten weiter kein gesetzliches Nutzungrecht zu; denn die Bestimmung des Statuts, woraus dieses, dem scheinbaren Wortsinne desselben gemäß, etwa gefolgert werden möchte, bezieht sich nur auf das alte Erbgut und ist mit Aufhebung des Unterschiedes zwischen dem Weichbildgute, als völlig antiquirt zu betrachten. (§. 18.) Demungeachtet werden gewöhnlich die Antheile der minderjährigen Kinder, dem überlebenden Gatten, gegen Bestreitung der Alimentation-Kosten überlassen. In solchem Falle ist dann aber auch der überlebende Gatte verbunden, diese Antheile durch Caution sicher zu stellen.[123]) Die Einwirkung der Vormundschaft, während der Minderjährigkeit der Kinder, ist alsdann meist nur eine sehr bedingte und wenn der überlebende Gatte der Vater ist, bloße Curatel. 5) Die Theilung selbst, geschieht entweder in natura oder durch Abfindung der Kinder in Gelde. Ob das Eine oder das Andere geschehen müsse, darüber spricht sich das Statut nicht deutlich aus. Es sagt im Absatz a. stirbt einer der Ehegatten „so sullen de Kindere den haluen deyl des gudes behalden vnde den anderen haluen deyl sal de vader efthe de moder wylich er leuendich blyuet behalden."

[123]) Wigand Bd 1. §. 67.

Dieſe Worte ſcheinen den Kindern ſowohl als dem überlebenden Gatten, nicht blos das Eigenthum, ſondern auch den Beſitz des halben Vermögens zuzuwenden und hiefür ſpricht auch der ſpätere Zuſatz h. welcher beſagt: „War ein veirdedeil verſteruet an eyme hus. So ſal de ghene deme de veirdedel to vellet, deme ghenen de de dredel heuet, den veirdendel laten, vor ein redelich gelt vnd dar ſal et de ghene vore nemen. enkonden ſey des gheldes nicht eyns geworden, wo den Kop dan de rait ſatiget dar ſolen ſey seck beyde ane ghenogen laten vnd vort al ander gut des geliken des me nicht delen en kan.“ Mit anderen Worten, es ſoll immer getheilt werden. Wenn jedoch z. B. ein Haus jemand zu $^1/_4$ anerfiele, während ein anderer $^3/_4$ davon hätte, ſo ſoll dieſem das $^1/_4$ käuflich überlaſſen werden, und wenn ſie ſich des Preiſes nicht einigen können, ſo ſoll dieſer vom Stadtrath ſchiedrichterlich feſtgeſetzt werden. Dieſes ſoll überhaupt in allen Fällen geſchehen, wo eine Theilung nicht thunlich iſt. Allein grade dieſe letzte Beſtimmung, ſo deutlich ſie ſich auch als Ausnahme von der geſetzlichen Regel, ausſpricht, hat doch auf dem Lande faſt überall die Ausnahme zur practiſchen Regel erhoben. Der geſchichtlichen Entwickelung unſeres Inſtituts zufolge (§. 17.) lag die Idee am nächſten, die gemeinſame Wehre als Actie des bürgerlichen Gemeinweſens, als Haus aufrecht zu erhalten und die Anſprüche der in der Were befindlichen einzelnen Mitglieder allmählig abzufinden. Hierin lag zwar zunächſt eine ſcheinbare Begünſtigung des überlebenden Gatten, aber in der That kam ſie auch den Kindern eben ſo ſehr zu gute; denn

unter dem Schutze des leiblichen Vaters oder der Mutter, im elterlichen Hause und Gute, konnten die Kinder ihre künftige Versorgung am sichersten begründen. Diese so wichtige und folgenreiche Aussicht, gieng aber ganz für sie verloren, wenn die Kräfte der elterlichen Were zerrissen und zersplittert wurden, um ihnen ein nominales Plus zu sichern, welches durch seine Werthlosigkeit, zu einem wahren Minus herabsank. Es stellte sich daher die Art der Abschichtung, wodurch dem überlebenden Gatten der Haupt-Compler des Vermögens gegen die Verbindlichkeit, die Kinder nach dem Taxwerthe des Inventars davon abzufinden, überlassen wurde, als die glimpflichste und selbst für die Kinder vortheilhafteste Art heraus; zumal wenn erwogen wird, daß sich in diesem Compler immer eine Menge von Sachen z. B. Haus- und Handwerks-Geräthe, Waaren und dergl. befinden, welche fast allen Werth verlieren, wenn sie aus dem Zusammenhange gerissen werden, worin sie mit einander stehen. Auf dem Lande aber stellte sich diese Art von Abfindung fast als nothwendig heraus, weil die Basis der elterlichen Were, das Bauerngut, seiner Natur nach untheilbar war, folglich durch Zerreißung des übrigen theilbaren Vermögens, das Gut der zu seiner Bewirthschaftung nöthigen Mittel beraubt worden wäre, ohne die Kinder dadurch zu bereichern. Der Begriff von „al ander gut — des me nicht delen en kan" bildete sich daher practisch sehr weit aus und verlor sich am Ende ganz in der Rücksicht, den objectiven Complex der Were, als solchen immer aufrecht zu erhalten. Deshalb wurden auf dem Lande Haus und Gut niemals ge-

theilt; ja das Akeal des Colonats, kam als solches nicht einmal zum Anschlage; es wurde gegen die darauf haftenden Abgaben und Lasten gerechnet und nur der Ertrag desselben, an Früchten, Fettungen ꝛc., so wie das zu seiner Bewirthschaftung erforderliche Inventar, mit dem übrigen Vermögen, zur Theilung-Masse gebracht und diese dem parens — wenn er sie nicht freiwillig einem erwachsenen Kinde mit dem Gute abtrat — gegen Abfindung überlassen. Befanden sich jedoch bei dem Gute auch freie Erbländer, welche nicht zum Colonate gehörten und daher theilbar waren, wie anderes Weichbild-Vermögen; so kamen diese allerdings mit zum Anschlage und sie wurden auch häufig statt baarer Abfindung vertheilt.

In der Stadt Rüden beschränkte man der gedachten Rücksichten wegen, den Inbegriff desjenigen, was nicht getheilt wurde, in der Regel auf Haus und Hof, auf die zum Haushalte gehörigen Mobilien, auf solche Sachen, die einer beständigen Fluctuation der Preise unterworfen sind und sich daher zur Aufbewahrung für die Kinder nicht eignen, so wie auf so viel Ackerland und Feldinventar, als zur Erhaltung der Hauswirthschaft erforderlich schien. Naturaltheilung kam daher hier immer in weit größerem Maaße vor und mußte dieses nothwendig thun, weil der überlebende Gatte, dem alles unbewegliche Gut zum Anschlage kam, sonst gar zu oft außer Stande gewesen seyn würde, die Geldabfindung dieses Anschlags aufzubringen; ihm daher das Mittel, durch Abtretung eines Theils des Grund-Vermögens, welches ohnehin in keinem geschlossenen Verbande stand,

sondern als Weichbildgut immer aus einer Hand in die andere gieng, die Abfindung theilweise realisiren zu können, sehr willkommen seyn mußte.

Heut zu Tage sind sich Stadt und Land in den fraglichen Beziehungen viel näher gekommen. Das echte Eigenthum des Colonats ist an den Colonen übergegangen, der ehemalige Gutsherr ist nur Realberechtigter geblieben; die Colonatgrundstücke sind eben so theilbar als andere; sie kommen daher gleich diesen zum Anschlage, freilich nach Abzug der darauf haftenden Lasten und es kann auf dem Lande wie in der Stadt nur der Satz als Regel, gewissermaaßen als Rest des früheren Gewohnheitrechtes betrachtet und als geltend angenommen werden, daß dem überlebenden Gatten, bei der Schichtung mit den Kindern frei steht, von dem Natural-Complexe der zu theilenden Masse, soviel gegen die Taxe des Inventars an sich zu behalten, als zur Conservation der elterlichen Were erforderlich ist, wogegen sich aber auch von selbst versteht, daß er nicht befugt ist, solche Theile der Gesammtmasse den Kindern aufzudringen, welche für diese von keinem Nutzen seyn können.

Diese Regel ist allerdings eine sehr schwankende und in Berücksichtigung der neueren Gesetze über die Theilbarkeit alles Grundbesitzes, in Verbindung mit den dadurch wieder ins Leben gerufenen alten Bestimmungen des Statuts, als Gewohnheit noch so unsicher, daß sie in den meisten Fällen durch gütliche Uebereinkunft der Interessenten, erst ihre nähere Bestimmung erhalten muß, wenn ihr solche nicht etwa durch das zu erwartende neue Gesetz über die Regulirung der bäuerlichen Erbfolg

Digitized by Google

sollte gegeben werden. Indeß läßt sich augenblicklich eine andere doch nicht angeben.[124])

§. 25.

Fortsetzung. — Sicherstellung der Abfindungen der Kinder. Schulden.

Aus dem Gesagten ergiebt sich das Nöthige über die Zeit, die Art und den Gegenstand der Theilung, zwischen Eltern und Kindern. Es muß nun noch Einiges über die Sicherstellung der, den Letzten zu gewährenden Abfindung gesagt werden.

Wenn einem Miterben die Haupt-Erbmasse mit Rechten und Verbindlichkeiten, mit Lust und Last, gegen vorbehaltene Abfindung übertragen wird, so ist dieses Geschäft nach den Vorschriften des A. L. R. I. 11. §. 447 — 450. nicht sowohl als eigentliche Erbtheilung, sondern vielmehr als Erbschaft-Verkauf zu betrachten. Es

---

[124]) Einen ähnlichen Gang hat die Sache in vielen anderen Statutarrechten genommen. Vergl. darüber Wigand Bd. 1. S. 48. Phillips S. 246. Letzter führt die Regel auf die kurze Bestimmung zurück, daß da, wo fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht, der überlebende Gatte immer die Wahl hat, ob und inwiefern er die Kinder durch Naturalien oder durch Geld abfinden will. Ueber die Vorsichtmaaßregeln bei Abfindungen nach dem Landrechte vergl. Reigebauers preußische Vormundschaft-Ordnung, S. 78.

liegt daher sowohl in der Natur der Sache, als auch in bestimmten gesetzlichen Vorschriften die Nothwendigkeit ausgesprochen, daß für die Rechte, welche Kinder durch den Erbschaft-Verkauf erhalten sollen, doppelt gesorgt werden muß, um sie nemlich a) gegen den Erbschaft-Käufer, b) gegen die Gläubiger der Erbschaft-Masse sicher zu stellen. Die erste Sicherheit kann nur bewirkt werden, durch hypothekarische Eintragung auf die übertragenen Immobilien [125]), oder durch Berichtigung des Besitztitels von solchen Immobilien, welche den Kindern etwa zur theilweisen Abfindung abgetreten sind.[126])

Die in zweiter Beziehung zu versorgende Sicherstellung, ist nach den gesetzlichen Vorschriften über die Folgen des Erbschaft-Verkaufes zu erwägen,[127]) als welche besagen, daß die Rechte der Erbschaft-Gläubiger und Legatarien, durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert werden und daß es denselben frei steht, sich ihrer Befriedigung halber fortwährend an den Erben sowohl als auch an dem Käufer zu halten.[128]) Es wird

---

[125]) A. L. R. I. 14. §. 178. I. 21. §. 19. 20. II. 2. §. 187. II. 18. §. 483. Die Vorzugrechte, welche die Kinder durch solche Eintragungen für ihre Ansprüche erhalten, sind angegeben A. G. O. I. 50. §. 327 und 417.

[126]) A. L. R. II. 18. §. 528.

[127]) A. L. R. I. 11. §. 462 und 463.

[128]) Ueber die nur scheinbare Klarheit dieser Bestimmungen, vergleiche man Piners über Auffolge in Bauerngütern. Bd. 2. S. 209. des Archivs. Ueber die Haftbarkeit

daher stets darauf Bedacht genommen werden müssen, entweder die Erbschaft-Gläubiger zu der Erklärung zu vermögen, daß sie den Uebernehmer der Gesammtmasse, den Erbschaft-Käufer, als ihren ausschließlichen Schuldner annehmen und die übrigen Mit-Erben jeglicher Haftbarkeit entlassen wollen, oder der Uebernehmer der Masse muß angehalten werden, die geschehene Befriedigung der übernommenen Gläubiger nachzuweisen.

Auf dieser Vorsicht-Maaßregel wird selbst dann bestanden werden müssen, wenn man auch die mit dem parens superstes schichtenden Kinder, nicht als eigentliche Mit-Erben desselben, im Verhältniß zu dem Vermögen der prorogirten Gütergemeinschaft und resp. dem verstorbenen Gatten betrachten will. Denn alsdann erscheinen sie jedenfalls als Theilhaber an der Gemeinschaft des Gesammt-Vermögens, und wenn gleich ihr Recht an dieser Gemeinschaft nur ein eventuelles, bis zum Tode des überlebenden Gatten oder bis zur erfolgenden Schichtung mit demselben, ruhendes ist, so trit es doch in jedem dieser Fälle in volle lebendige Wirksamkeit; also daß die Kinder als wirkliche Mit-Eigenthümer der Masse auftreten und die Hälfte derselben für sich in Anspruch zu nehmen haben. Als solche Theilnehmer an der Gemeinschaft aber, sind sie sowohl nach gemeinem Rechte, als nach dem A. L. R.[129]) zur Zahlung aller auf der

---

der Erben gegen die Erbschafts-Gläubiger nach A. L. R. vergl. eine andere Abhandlung von Piners Bd. 1. S. 535.

[129]) L. 2. §. ult. D. famil. erciscundae (10, 2.) L. 6. Cod. ibid. (3. 36.) A. L. R. I. 17. §§. 105 — 107.

Gemeinschaft haftenden Schulden verpflichtet, und es kann den Gläubigern auf keine Weise präjudiziren, wenn das Vermögen durch Schicht- und Theilung versplittert ist.[130])

§. 26.

Folgen der Schicht- und Theilung.

Durch die gültig vollzogene Abschichtung, werden der überlebende Gatte und dessen Kinder, sowohl hinsichtlich ihrer Ansprüche an dem bisherigen Gesammtgute, als hinsichtlich ihrer sämmtlichen Erbrechte, sowohl gegen einander als auch in Bezug auf den verstorbenen Ehegatten, so vollständig abgefunden, daß irgend ein Noth-Erben-Verhältniß unter ihnen, gar nicht mehr statt findet. Die nächste Folge davon ist, daß der überlebende Gatte, über die ihm zufallende Hälfte des Vermögens, ganz nach freier Willkühr disponiren und damit in der folgenden Ehe eine fernere Gütergemeinschaft, mit so voller Wirkung wieder eingehen kann, als die der aufgelöseten

---

§. 131. 134. 301. 307—309. und 310. Mit Bezug auf die Gütergemeinschaft ist diese Ansicht auch gebilligt von Scherer Th. 1. §. 138. 144. 158. Pufendorf observationes T. 3. obs. 111. §. 5. A. L. R. II. 1. §. 661. welche Stelle jedoch an und für sich, keine gesetzliche Geltung bei uns hat.

130) Ein merkwürdiger, durch drei Instanzen gegangener Rechtsfall, über die im Texte gedachte Schuldenfrage, ist uns mitgetheilt von Boele im Archiv Bd. 1. S. 501.

Digitized by Google

ersten Ehe war. Diese Ansicht ist nicht allein ganz in der Natur der Sache gegründet, sondern durch die Rüdener Praxis auch so uniform bestätigt, daß sie kein Beispiel von einem Falle darbietet, wo abgeschichtete Kinder mit ihren Halbgeschwistern noch Ansprüche am Vermögen der folgenden Ehe formirt hätten. Nur an anderen Orten, wo auch Rüdener Recht gilt, haben sich in neuerer Zeit einige Fälle dieser Art ereignet, so daß Rüdener Zeugen über die Frage eines solchen Erbrechts haben vernommen werden müssen, welche sie jedoch ganz im Einverständniß mit der hier ausgesprochenen Ansicht beantwortet haben. Wir werden künftig darauf zurückkommen.[131])

Aus dem Gesagten folgt von selbst, daß der zur zweiten Ehe geschrittene Gatte, so lange diese Ehe besteht, oder Kinder daraus vorhanden sind, mit denen er sich nicht durch Schichtung abgefunden hat, zum Vortheil der Vorkinder über keinen Theil des Gesammtvermögens disponiren, ihnen keinen Erbtheil mehr zuwenden kann. Nur insofern, als der überlebende Gatte überhaupt von Todeswegen zu Gunsten Dritter disponiren kann, wenn er mit seinen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt

---

[131]) Die in einzelne Particularrechte eingedrungene falsche Doctrin, daß abgeschichtete Kinder noch einmal miterben müßten, ist auch gebührend zurückgewiesen von Wigand Bd. 1. S. 54. — Der falschen Doctrin huldigt Scherer Bd. 1. S. 438. wiewohl er nachher S. 446 und 447 zwischen bloßer Abtheilung und definitiver Abfindung unterscheidet.

Digitized by Google

(§. 20.) ist der parens superstes der zweiten Ehe befugt, zum Vortheil seiner abgeschichteten Kinder der ersten Ehe, zu disponiren. Sie erscheinen dann aber blos als dritte, nicht als erbberechtigte Kinder. Ein Erbrecht mit den Kindern zweiter Ehe auf die mit diesen gemeine Masse, kann er ihnen nicht einräumen.[132])

Hieraus folgt ferner, daß, wenn der überlebende Gatte auch in der zweiten Ehe superstes bleibt, und aus derselben entweder gar keine oder nur solche abgeschichtete Kinder nachläßt, welche durch die Abschichtung in ein eben so fremdes Verhältniß zu ihm getreten sind, wie die Kinder erster Ehe und er über sein Privatvermögen nicht testamentarisch disponirt hat, er also eine ganz gemeinrechtliche Erbschaft nachläßt, dazu sämmtliche Kinder, nach den Regeln der Intestatsuccession, berufen sind.[133])

Aus dem Gesagten folgt ferner, daß der überlebende Gatte, an dem Vermögen der abgeschichteten Kinder, weiter keine Nutzung-Ansprüche zu machen hat. Wenn ihm jedoch solche erga onus alendi et educandi überlassen werden (§. 24. Nr. 4.), so ist er verbunden,

---

132) Mit namentlichem Bezug auf die Lippstädter Gütergemeinschaft, ist dieses in einer sehr gründlichen Abhandlung ausgeführt von Runde Beiträge Bd. 2. S. 420.

133) Hiernach ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn der parens superstes in der zweiten Ehe die Gütergemeinschaft ausschlieht.

die Substanz durch Caution sicher zu stellen; denn mit Ernennung des Vormundes, zum Zwecke der Abschichtung, treten die allgemeinen Vorschriften der Pupillen-Ordnung ein und durch den Act der Schichtung selbst, wird die Gütergemeinschaft mit allen particularrechtlichen Folgen aufgelöset.[134]) Der Ueberlebende hat keine andere Ansprüche an dem abgeschichteten Vermögen mehr, als welche ihm etwa das gemeine Recht oder der Schicht-Vertrag, vermöge specieller Bestimmung einräumt.

Hierin liegt nothwendig die weitere Folge, daß alles dasjenige, was nach vollzogener Schichtung, der Eine oder Andere erwirbt oder was seiner Person durch Erbrecht oder Testament zufällt, sein völliges Eigenthum bleibt, ohne daß aus der Schichtung noch irgend Rechte darauf abzuleiten wären. Der schichtende Ehegatte behält daher dasjenige, was ihm etwa nach der Schichtung noch von seinen Eltern oder Groß-Eltern zufällt und eben so erwerben die Kinder dasjenige, was ihnen von ihren Ascendenten, nach dem Ableben des Vaters oder der Mutter noch zufällt, für sich; jedoch mit Vorbehalt der allenfallsigen gleichen Rechte ihrer Halbgeschwister aus der zweiten Ehe.

Ueber die Erbrechte der abgeschichteten Geschwister unter sich, ist schon früher (§. 21.) das Nöthige gesagt worden; so daß es mit Bezug darauf, hier an der Bemerkung genügen wird, a) daß die Geschwister, wenn sie

---

134) Wigand Bd. 1. S. 57.

Digitized by Google

nicht Kinder, Gatten oder Teſtament-Erben hinterlaſſen, ſich unter einander beerben, b) daß eine Concurrenz der Aſcendenten erſt dann eintrit, wenn jene geſchwiſterliche Nachfolge nicht mehr möglich iſt.

Schließlich müſſen hier noch zwei Fragen erörtert werden. Nemlich 1) Wie ſieht es mit der Alimentationpflicht des überlebenden Gatten aus, wenn die abgeſchichteten Kinder, durch die Schichtung nicht ſoviel Vermögen erhalten als zu ihrer Alimention erforderlich iſt? Dieſe Frage kann nur dahin beantwortet werden, daß der ſchichtende Gatte für die Alimente der Kinder, nach den Vorſchriften des gemeinen Rechts verantwortlich bleibt; denn die Schichtung hebt nur die wechſelſeitigen, durch die Gütergemeinſchaft begründeten Anſprüche auf Vermögen- und Erbrechte auf. Im Uebrigen berührt ſie die perſönlichen Rechts-Verhältniſſe der Eltern und Kinder gegeneinander nicht. Jedenfalls wird aber durch die Schichtung ein ganz gemeinrechtliches Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern mit Ausnahme der Notherbenrechte hergegeſtellt; folglich müſſen die gemeinrechtlichen Vorſchriften zur Entſcheidung kommen. Dergleichen Alimentation-Verbindlichkeiten afficiren daher die Gütergemeinſchaft der folgenden Ehe, wie jede andere zur Ehe gebrachte Schuld der Gatten.

2) Wie iſt es zu halten, wenn die Schichtung, da wo ſie geſchehen mußte, unterblieben iſt? Wir haben hierüber ſchon früher (§. 15.) Einiges erinnert und bemerken dazu noch Folgendes. Das Statut ſpricht ſich über den Fall nicht aus; demungeachtet kann er vor-

kommen und ist in früherer Zeit, wo die Einschreitungen des vormundschaftlichen Gerichts nicht so energisch gehandhabt wurden wie jetzt, mehrmals vorgekommen. Er muß daher nach der Natur der Sache beurtheilt werden. Die eheliche Gütergemeinschaft prorogirt sich von selbst, nur bis zum Augenblicke der Wiederverheirathung des überlebenden Gatten. So wie letztere eintrit, hört sie von selbst auf und es trit im nemlichen Augenblicke eine neue Gütergemeinschaft ein, welche von der vorigen ganz verschieden ist, sofern nicht eine Einkindschaft, als vermittelndes Band dazwischen geflochten wird. Wenn daher eine Schichtung factisch nicht eintrit wo sie rechtlich eintreten mußte, so ist dieses ein gesetzloser Zustand, welcher nicht durch die Fiction einer, mit allseitiger stillschweigender Einwilligung statt gefundenen Fortsetzung der Gütergemeinschaft sanirt werden kann; denn einer solchen Fiction gebircht es dem Gesagten zufolge, an aller rechtlichen Basis. Es bleibt daher nichts übrig, als die Sache zu nehmen wie sie ist; nemlich die Schichtung zu jeglicher Zeit, wo sie später gefordert wird, noch grade so eintreten zu lassen, wie sie früher hätte eintreten müssen. Es muß also das Vermögen, so wie es zur Zeit der zweiten Heirath vorhanden war ausgemittelt und die Hälfte davon den Kindern, einschließlich der widerrechtlich davon gezogenen Nutzungen, überantwortet werden. — Wie aber, wenn eine solche Ausmittelung zu schwierig oder gar unmöglich geworden? In solchem Falle kann den Kindern nur der Regreß gegen Diejenigen vorbehalten bleiben, welche die Abschichtung pflichtwidrig versäumten. Die Abschichtung selbst aber,

Digitized by Google

ist nur im Wege des Vergleichs oder aproximativ zu bewirken und ein solcher Vergleich ist in vorkommenden Fällen gewöhnlich dadurch gethätigt worden, daß nach Verhältniß des wechselseitig zugebrachten Vermögens der beiden Ehen, die Kinder die Masse theilten. Factisch wird dadurch zwar häufig ein ähnliches Verhältniß herbei geführt, wie es die durch Einkindschaft bewirkte Fortsetzung der früheren Gütergemeinschaft in der folgenden Ehe mit sich bringt. Aber dieses kann rechtlich immer nur als Folge des Vergleichs, nicht einer stillschweigend stattgefundenen Prorogation der Communion betrachtet werden.[135])

§. 27.

I. Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft.

1) Durch das Gesetz.

Die eheliche Gütergemeinschaft hört mit ihren Folgen 1) gesetzlich auf a) durch Auflösung der Ehe, deren gültiges Band sie zunächst bedingt. Wie dieses Aufhören eintrit und wie es beziehungsweise hingehalten wird, wenn die Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Gatten erfolgt und der andere nicht sofort zur zweiten Ehe schreitet, dieses ist in den vorigen Paragraphen durch Entwickelung der Lehre von der fortgesetzten Gütergemein-

---

[135]) Wozu es führt, wenn hier die Begriffe nicht ganz klar gehalten werden, davon ein Beispiel bei Wigand Bd. 1. S. 61.

Digitized by Google

schaft u. s. w. hinreichend gezeigt worden. Es ist also hier nur noch der Fall zu betrachten, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöset wird. Das Statut spricht sich zwar hierüber nicht aus, weil zur Zeit als es entstand, in Rüden nur Katholiken lebten und bei diesen eine eigentliche Ehescheidung nicht vorkömmt. Inzwischen liegt es zu sehr in der Natur der Sache, daß eheliche Gütergemeinschaft nur unter Eheleuten statt finden kann, als daß es darüber noch einer besonderen statutarischen Bestimmung bedürfte. Da ferner bei Katholiken die immerwährende Scheidung von Tisch und Bette, in bürgerlicher Hinsicht die nemlichen Folgen hat, wie die förmliche Ehescheidung bei anderen christlichen Confessionen,[136]) so ist es nöthig die Folgen der Ehescheidung in Bezug auf Gütergemeinschaft etwas genauer zu betrachten.[137])

Was zuvörderst die Gründe der förmlichen Ehescheidung sowohl, als der immerwährenden Trennung von Tisch und Bette betrifft, so können darüber nur die Vorschriften des gemeinen und kanonischen Rechts[138]) zur Anwendung kommen, weil die des A. L. R.[139]) nicht recipirt sind. Auf jene wird daher mit dem Bemerken Bezug genommen, daß es sich von selbst versteht, daß durch diese

---

[136]) Hiemit stimmt auch das A. L. R. II. 1. §. 734.

[137]) Danz Bd. 6. S. 441.

[138]) Wiese Handbuch des Kirchenrechts Bd. 2. S. 687. und Bd. 3. S. 416.

[139]) A. L. R. II. §. 668.

Digitized by Google

Gründe die Ehescheidung nicht blos motivirt, sondern daß sie auch rechtskräftig ausgesprochen seyn muß.[140]) Das nemliche ist der Fall, hinsichtlich der Folgen der zu erkennenden Ehescheidung, welche ebenfalls nicht nach den Vorschriften des Landrechts,[141]) sondern nach gemeinem Rechte ermessen werden müssen.

Hier stoßen wir indeß auf die große Schwierigkeit, daß die gemeinen Rechte mancherlei Vermögens-Strafen gegen den schuldigen Theil verordnen,[142]) welche blos auf das römische Eherecht berechnet, und daher mit den Verhältnissen, welche durch das deutsche Institut der Gütergemeinschaft begründet worden, nicht zu reimen sind. Es sollen nemlich 1) die Kinder auf Kosten des schuldigen Gatten, bei dem unschuldigen erzogen werden. 2) Die schuldige Frau soll die Brautgabe, der schuldige Mann die donatio propter nuptias oder wenn dergleichen nicht da ist $^1/_4$ des ganzen Vermögens, wiewohl nie über 100 Pfund Goldes verlieren. Sind Kinder da, so darf der unschuldige Gatte, über jenen Gewinn nicht einseitig verfügen, er hat alsdann nur einen lebenslänglichen Nießbrauch daran und das Recht, auf den Todesfall, zum Vortheil eines der Kinder, darüber zu disponiren. 3) Hat die schuldige Frau einen Ehebruch begangen, so trifft sie außerdem noch die Strafe, daß sie ihr ganzes

---

140) C. 3. x. de divortiis.

141) A. L. R. II. 1. §. 811 u. folg.

142) Vergl. Thibaut §. 468 u. folg.

sonstiges Vermögen verliert und zwar $^2/_3$ an die Kinder, $^1/_2$ an die Ascendenten; sonst fällt alles an das Kloster. Begieng der Mann den Ehebruch, so verliert er sein Vermögen und zwar zunächst an die De- und Ascendenten der ersten drei Grade, eventuel an den Fiscus.[143])

Alle diese Privationstrafen haben an und für sich große Schwierigkeiten in der Vollziehung;[144]) auf die völlige Vermischung des beiderseitigen Vermögens in der ehelichen Gütergemeinschaft, finden sie höchstens eine analoge Anwendung und diese kann grundsätzlich nur durch folgende Betrachtung geleitet werden. Die Strafen, welche sowohl das römische und canonische als die ältesten deutschen Rechte[145]) gegen den schuldigen Theil im Fall einer Ehescheidung aussprechen, sind nur zum Vortheil oder zur Entschädigung des beleidigten Theils verordnet. Dieser wird des schuldigen Gatten als eines Unwürdigen entlediget und er soll dadurch so wenig Nachtheil als möglich leiden. Der Schuldige ist daher mit Bezug auf ihn als bürgerlich todt zu betrachten, und es muß ein Verhältniß eintreten, dem möglichst gleich, welches der natür-

---

143) Nach römischem Rechte konnte die Frau auch dann Ehescheidung verlangen, wenn sie vom Manne fälschlich des Ehebruchs beschuldigt wurde und alsdann treten gegen diesen wieder besondere Strafen als schuldigen Theil ein.

144) Thibaut §. 470 und 471.

145) Mehrere Bestimmungen derselben sind ausgehoben bei Scherer Bd. 2. S. 310.

d by Google

liche Tod herbeigeführt haben würde.[146]) Hieraus ergeben sich folgende Grundsätze:

1) Erfolgt die Ehescheidung aus Gründen, wobei keiner der Ehegatten als schuldiger Theil oder Jeder als gleich schuldig erscheint, so wird das Vermögen getheilt wie die Kinder; letztere haben noch keine besondere Ansprüche. Die Vermögen-Absonderung erfolgt nach Maaßgabe der gleichen Berechtigung, zu gleichen Theilen.

2) Erscheint ein Ehegatte als der schuldige Theil und es sind a) keine Kinder vorhanden, so bleibt der Unschuldige im Besitze des ganzen Vermögens wie bei Auflösung einer kinderlosen Ehe durch den Tod; jedoch braucht er den Erben des schuldigen Gatten, die statutarische Quart nicht eher herauszugeben, als nach dem wirklichen Tode desselben; denn in Bezug auf Jene, ist der Schuldige nicht als tod zu betrachten. Er lebt vielmehr für sie fort und weil er überhaupt nicht wirklich tod ist, so müssen ihm auch nothdürftige Alimente gereicht werden, wozu die statutarische Quart, auf welche der überlebende Unschuldige auch sonst keinen Anspruch haben würde, füglich verwendet werden kann.[147]) Sollte

---

[146]) Scherer Bd. 2. S. 314.

[147]) Eine unbedingte, sofortige Herausgabe der statutarischen Quart an den schuldigen Theil, scheint dem Unschuldigen nicht wohl auferlegt werden zu können, weil ihm nach dem Statutarrechte, bis zum wirklichen Tode des Mitgatten, der Genuß des ganzen zur Communion gehörigen Vermögens gebührt.

Digitized by Google

der Fall eintreten, daß demnächst der unschuldige Gatte vor dem Schuldigen stürbe, so würde diesem die gedachte Quart jedenfalls und unbedingt zu überweisen seyn. b) Sind Kinder vorhanden, so folgen diese dem unschuldigen Theile und er setzt mit ihnen die Gütergemeinschaft fort, wie in communione bonorum prorogata. Jedoch muß auch hier dem schuldigen Theile, so weit die Kräfte seiner sonstigen Berechtigung zum gemeinschaftlichen Vermögen reichen, der nothdürftige Unterhalt gelassen werden. [148])

b) Außer der Trennung der Ehe durch den Tod und Scheidung, sind häufig noch andere gesetzliche Gründe

---

[148]) Ueber die haltunglose Willkührlichkeit womit früher in diesem Punkte bald nach römischen bald nach deutschen Rechtsgrundsätzen verfahren wurde, vergl. Danz Th. 6. S. 442 folg. und Scherer Band 2. S. 309 und folg. Das A. L. R. II. 1. §. 811. gestattet dem unschuldigen Ehegatten nur die Wahl, ob er die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens fordern, oder auf Sonderung der beigebrachten Theile antragen will; in welchem letzten Falle er aus dem besonderen Vermögen des schuldigen Theils diejenige Abfindung erhalten soll, welche er zu fordern gehabt hätte, wenn keine Gütergemeinschaft vorhanden gewesen wäre. Der gemeinschaftliche Erwerb wird getheilt. — Diese auf die Rüdener Gütergemeinschaft ganz unanwendbaren Vorschriften, sind in einzelnen Fällen nicht ohne Härte für den unschuldigen Theil, dem sie niemals die möglichst gleiche Entschädigung für die entbehrte Fortdauer der Gütergemeinschaft gewähren. Scherer Bd. 2. S. 321.

zur Aufhebung der Gütergemeinschaft in Anspruch genommen worden. Z. B. ausbrechender Concurs oder Veränderung des Wohnortes. Allein diese Gründe sind wenigstens in Bezug auf die Rügener Gütergemeinschaft keine gesetzliche; gleichwie man ihnen diesen Karakter auch sonst, nur dann beilegen kann, wenn sie eine ausdrückliche legislative Sanktion für sich haben; denn aus der Natur der Sache lassen sie sich als nothwendige Folge keinesweges deduziren. Wenn der Concurs alle Güter verschlingt, so ist freilich für den Augenblick kein Gegenstand für die Gütergemeinschaft da, aber sie bezieht sich nicht blos auf den augenblicklichen Bestand, sondern auch auf den künftigen Erwerb; und Schulden sind so gut gemein wie Güter, wenn sie gleich mehr betragen als diese.[149]) — Veränderung des Wohnortes aber, kann in Bezug auf die einmal in der Gemeinschaft lebenden Eheleute, keine Veränderung in dieser Gemeinschaft hervorbringen.[150]) Nur versteht sich von selbst, daß hinsichtlich der Folgen, welche eine solche Gemeinschaft an einem Orte, wo Gütergemeinschaft besteht, für Dritte haben soll, auch hier dasjenige zu beachten seyn wird, was schon früher (§. 7.) über ein solches Verhältniß gesagt ist.

c) Dagegen ist allerdings, unter Umständen, noch ein gesetzlicher Grund für Aufhebung der Gütergemein-

---

[149]) Andere Bestimmungen enthält das A. L. R. II. 1. §. 421. aber sie gelten hier nicht.

[150]) Danz Bd. 6. S. 445.

Digitized by Google

schaft in der Unfähigkeit der Ehegatten zur Verwaltung des Vermögens, sey es durch Prodigalität oder Verstandes-Schwäche (Blödsinnigkeit) zu finden. Trit nemlich ein solcher Fall während der Ehe ein und er trifft nur den Disponenten, so hat dieses weiter keine Folgen; die Dispositions-Befugniß geht dann auf den anderen, nicht unfähigen Gatten über. Träfe ein solcher Fall während der Ehe aber beide Ehegatten also daß sie beide unter Curatel gestellt werden müßten, so würde eine Gütergemeinschaft dabei kaum bestehen können. Trit ein solcher Fall während der prorogirten Gütergemeinschaft ein, so muß auch hier der Disponent unter Curatel gestellt und die Gütergemeinschaft durch Schichtung mit den Kindern aufgehoben werden. (§. 18. Nr. 11.)

§. 28.

2. Auflösung der Gütergemeinschaft durch Vertrag.

Wie die Gütergemeinschaft, außer dem Gesetze durch Vertrag begründet werden kann, so kann sie dadurch auch aufgehoben werden. Was zu solchem Vertrage im Allgemeinen gehöre, ist schon früher (§. 7.) gesagt worden, wo wir die Bedingungen angaben, unter denen die Ausschließung der gesetzlich eintretenden Gütergemeinschaft mittels Vertrages erfolgen könne. Da nun bei jener Gelegenheit auch schon bemerkt worden, daß die Eingehung eines solchen Vertrages an keine besondere Zeitbestimmung geknüpft ist, folglich ein solcher Vertrag, gleichwie zur Ausschließung des Eintrits der Güterge-

Digitized by Google

meinschaft vor der Ehe, so auch zur Wiederaufhebung derselben während der Ehe unbedenklich abgeschlossen werden kann,[151]) so ist über die Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag, hier weiter nichts zu erinnern, als etwa die Bemerkung, daß die Rüdener Praxis dafür nicht ohne Beispiel ist.

Hiemit ist die Darstellung der Statutarrechte des Amts Rüden geschlossen. Wir werden mit denen der übrigen Aemter fortfahren.

---

[151]) Danz Bd. 6. S. 443. Anderer Meinung ist mit Bezug auf Paderborn Wigand Bd. 1. §. 8

XLVIII.

Ueber die Zulässigkeit des Wechsel-Prozesses gegen Standesherrn. — Ministerial-Reskript vom 16. Mai 1835.

(Zur Erläuterung von A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 726.)

Mitgetheilt
von
Sommer.

Gegen einen ehemaligen Reichsfürsten, jetzigen regierenden Preußischen Standesherrn, ward eine Wechselklage angestellt und auf den §. 726. A. L. R. Th. II. Tit. 8., wonach „wirkliche Besitzer adelicher Güter ferner die Haupt- oder Generalpächter landesherrlicher oder prinzlicher Aemter für wechselfähig zu achten" gegründet. Das betreffende Obergericht wies die Klage zurück, bemerkend:

„Der Verklagte hat kein adliches Gut, sondern ist der Besitzer einer Standesherrschaft. Wechsel-Privilegien müssen aber strenge gedeutet, und können nicht ausdehnend erklärt werden, um so weniger hier, wo es mindestens zweifelhaft erscheinen muß, ob der Gesetzgeber gegen mediatisirte Fürsten als solche das Wechsel-Verfahren für passend erachten werde."

Der Kläger ergriff den Rekurs an das Justiz-Ministerium. Des Herrn Justiz-Ministers Mühler Excellenz erließen hierauf folgendes Reskript an das Ober-Gericht:

Der dortige L. C.., hat über die Verfügung des ... vom 1. vor. M. Beschwerde geführt,

wodurch er mit seiner Namens des X. gegen den Herrn Fürsten ... angestellten Wechselklage zurückgewiesen worden ist.

Diese Beschwerde erachtet der Justiz-Minister für gerechtfertigt, da die jener Verfügung zum Grunde liegende Ansicht des Kollegiums:

daß der Verklagte, als Standesherr nicht wechselfähig sey,

in den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen ihre Widerlegung findet.

Die Verordnung vom 21. Juni 1815 (Ges. Samml. S. 105.) setzt unter Nr. 8. fest:

daß die Standesherren, abgesehen von den ihnen speciell bewilligten Executionen, den Landesgesetzen und allgemeinen Polizei-, Handels- und anderen Anordnungen unterworfen seyn sollen.

Eine ganz ähnliche Bestimmung enthält der §. 5. der Instruktion vom 30. Mai 1820 (Ges. Samml. Seite 81.) und leidet es daher kein Bedenken, daß bei Entscheidung der Frage:

ob den Standesherrn als solchen die Wechselfähigkeit beiwohnt?

auf die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zurückgegangen werden muß.

Digitized

Von diesen verordnet der §. 726. Th. 2. Tit. 8.: daß wirkliche Besitzer adlicher Güter für wechselfähig zu achten sind. Es kommt daher um die Wechselfähigkeit der Standesherren annehmen zu können, nur darauf an, darzuthun, daß, was das Königliche ..... in Abrede stellt, dieselben in die bezeichnete Kategorie der Besitzer adlicher Güter gehören. Den Standesherren gebührt nach der Verordnung vom 21. Juni 1815 Nr. 4. und den §§. 39 folg. der Instruktion vom 30. Mai 1820 rücksichtlich derjenigen ihrer Domainen, welche schon vor Aufhebung des deutschen Reichs zu ihren Stammgütern gehört haben, die Befreiung von ordentlichen Grundsteuern. Endlich sind auch nach dem §. 26. der mehrerwähnten Instruktion die in standesherrlichen Bezirken gelegenen Schlösser und Häuser, welche zu Wohnsitzen der Herrschaft bestimmt sind, von den Lasten der Einquartirung frei. Es stehen demnach den Standesherren, abgesehen von der Landschaft, in Betreff ihrer Standesherrschaften und vermöge des Besitzes derselben, noch weit ausgedehntere Rechte zu, als mit dem Eigenthum von gewöhnlichen Rittergütern jetzt in der Regel verbunden zu seyn pflegen, und es ist daher kein Grund abgesehen, weßhalb in der hier in Betracht kommenden Beziehung die Standesherrschaften mit den adlichen Gütern, sowie die Standesherrn selbst mit den Rittergutsbesitzern nicht sollten gleichgestellt werden können, zumal, wenn man erwägt, daß nach Nr. 1. a. der mehrgedachten Verordnung vom 21. Juni 1815 die standesherrlichen

Geschlechter zu dem hohen Adel zu rechnen sind, auch, wie unter b. a. a. O. bestimmt ist, die privilegirteste Klasse im Staate bilden.

Ein Bedenken gegen die Wechselfähigkeit der Standesherren könnte nun zwar noch daraus hergeleitet werden:

daß des Königs Majestät in der dem Kollegium unterm 18. August 1826 mitgetheilten Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 2. desselben Monats für die einzelnen Fälle, wo etwa gegen das Haupt eines standesherrlichen Hauses wegen Schulden Personal-Arrest nachgesucht werden sollte, Sich die besondere Bestimmung darüber vorzubehalten geruht haben.

Es ist jedoch auch dieser letztere Umstand nicht dazu geeignet, um auf Grund desselben eine wechselmäßige Verpflichtung der Standesherrn für unstatthaft zu erklären. Denn, wenn auch Seine Königliche Majestät in Folge jener Allerhöchsten Bestimmung Sich veranlaßt finden sollten in einem einzelnen Falle den, bei der Unanwendbarkeit des §. 201. des Anhangs zur Allgemeinen Gerichts-Ordnung auf Standesherrn, an sich zulässig erscheinenden Personal-Wechselarrest gegen das Haupt einer standesherrlichen Familie zu suspendiren, so würde dadurch die eingegangene wechselmäßige Verbindlichkeit keineswegs ganz ihre Bedeutung verlieren, indem abgesehen von dem Nutzen, welchen die Natur des eigentlichen Wechsel-Prozeß-Verfahren für den Kläger mit sich bringt, auch die Wechsel-Exekution in das Vermögen des Schuldners nach den §§. 46 f. Th. 1. Tit. 27. der Allgemeinen Gerichts-Ordnung Vortheile gewährt, die

mit dem gewöhnlichen Executions-Verfahren nicht verbunden sind.

Hiernach wird das . . . . . angewiesen, die Wechselklage des X. gegen den Herrn Fürsten . . . ., falls nicht sonst erhebliche Bedenken dagegen vorwalten, zuzulassen jedoch, wenn in Folge derselben auf die Observation oder persönliche Verhaftung des Schuldners angetragen werden sollte, davon vor jeder weiteren Verfügung, der vorallegirten Allerhöchsten Kabinets-Ordre gemäß, dem Justiz-Minister zur Einholung des Beschlusses Seiner Königlichen Majestät Anzeige zu machen.

Dem Beschwerdeführer ist Abschrift dieser Verfügung zur Nachricht mitgetheilt worden.

Berlin, den 16. May 1835.

Der Justiz-Minister.
(gez.) Mühler.

XIX.

Ob bei wechselseitigen Testamenten der Eheleute gemeinrechtlich, daß sie correspectiv, somit nach dem Tode des einen Gatten unwiederruflich seyen, zu vermuthen, wenn sie ihr unter dem Rechts-Verhältniß partikulärer Gütergemeinschaft stehendes Vermögen für rein gemeinschaftlich erklären, und jeder Ehegatte dem überlebenden den Nießbrauch zuwendet, rücksichtlich der Substanz seiner Hälfte aber zum Besten seiner Verwandten testirt?

Rechtsfall.

Mitgetheilt
von
Sommer.

Oben Nr. XII. Seite 233. ist die gemeinrechtliche Controverse über die Correspectivität der wechselseitigen Testamente der Eheleute erwähnt. Wir theilen jetzt ein Erkenntniß darüber mit.

Die Eheleute Herbst im Fürstenthum Siegen lebten unter der dortigen Gütergemeinschaft kinderlos. Nach

dieſer Gütergemeinſchaft würde der überlebende gegen Entrichtung der Schulden die Fahrniß und die Hälfte der in ſtehender Ehe erkoberten Güter (Immobilien und was provinzialrechtlich als ſolche anzuſehen) erblich gezogen und auf der übrigen Hälfte, ſo wie auf den anderen Gütern, ſo der erſtverſtorbene in die Ehe gebracht, oder darin ererbt oder geſchenkt bekommen, die Zeit ſeines Lebens den Nießbrauch gehabt haben, das Eigenthum aber des Verſtorbenen nächſten Freunden (Verwandten) heimgefallen ſeyn. (Naſſau-Cazenelnbogenſche Landes-Ordnung Th. IV. Cap. 6. §. 1.) — Die Eheleute Herbſt errichteten nun ein gemeinſchaftliches Teſtament, worin ſie dem überlebenden den Nießbrauch zuwandten, ihr geſammtes Vermögen für gemeinſchaftlich zu zwei gleichen Hälften erklärten und jeder über dieſe ſeine Hälfte zu Gunſten ſeiner Verwandten Verfügungen traf, die aber erſt nach dem Tode des überlebenden in Vollziehung zu bringen. Bei dieſen, grade wegen der Verwickelungen der Auseinanderſetzung einer ſolchen partikulären Gütergemeinſchaft gar nicht ungewöhnlichen, Teſtamenten entſteht nun die Frage, inwiefern der überlebende, der den Nießbrauch an der ganzen Maſſe ausübt, rückſichtlich ſeiner Hälfte an das Teſtament gebunden ſey. Im vorliegenden Falle hatte die überlebende Ehefrau Herbſt durch ein Teſtament vom 12. October 1825 die gedachten ihre Verwandten betreffenden Verfügungen abgeändert. Dieſe Verwandten Thomas Flender zur Haardt und Conſorten traten nun gegen den im letzten Teſtament begünſtigten Johann Jacob Gläſer zu Siegen mit einer Klage auf, worin ſie auszuführen ſuchten, daß ſämmtliche

Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments, besonders die darin bestimmte Gleichtheilung des Vermögens sich bedingen, Zuwendungen an den überlebenden Ehegatten enthalten, welche diesen zwingen, auch die über seine Hälfte getroffenen Bestimmungen beizubehalten. Das Stadtgericht zu Siegen erkannte aber unterm 9. August 1832 das Testament vom 12. Oktober 1825 für vollstreckbar, und das Hofgericht zu Arnsberg bestätigte dies Erkenntniß durch das am 27. Februar 1833 verkündete Appellations-Urtel. Folgendes sind die Gründe:

Die Kläger haben gegen den ganzen Inhalt der sententia a qua appellirt, ihre Beschwerden erscheinen jedoch durchaus überall unbegründet. Die in den producirten Urkunden vom 5. November 1811 und 21. März 1823 enthaltenen testamentarischen Verfügungen können nämlich nur in so weit als wechselseitig und correspectiv betrachtet werden, als dieselben dem überlebenden Ehegatten den lebenslänglichen Nießbrauch an dem von dem Erstverstorbenen hinterlassenen Vermögen zusichern; während die übrigen Verfügungen als einseitige, sich gegenseitig nicht bedingende letztwillige Disposition der Eheleute Herbst erscheinen, welche also von jedem derselben bis zu seinem Tode willkührlich wiederrufen und abgeändert werden konnten. Hiefür spricht nicht allein die Fassung beider Testamente, sondern vorzüglich der Umstand, daß weder in dem einen oder andern Testamente das Besiehen der letztwilligen Verordnungen des einen Theils als Bedingung der Gültigkeit der Verfügung des andern Theils angegeben worden ist. Hierzu kommt noch, daß ein jeder Ehegatte nur zum Besten seiner eigenen Verwandten über

sein Vermögen verfügt hat, und nun daher nach den Umständen angenommen werden muß, daß es nicht die Absicht der Eheleute Herbst war, ihre Verfügungen gegenseits Bedingen und das Bestehen der einen von dem Bestehen der andern abhängig zu machen. Diesem steht auch die in der Verordnung vom 14. März 1833 enthaltene Bedingung hinsichtlich der Gemeinschaftlichkeit des beiderseits zu seiner Zeit zu hinterlassenden Vermögens nicht entgegen, welche nur als Maaßstab für die dereinstige Auseinandersetzung des beiderseitigen Vermögens zu betrachten ist. — Hieraus ergiebt sich aber von selbst die Gültigkeit der hinsichtlich ihrer Form nicht angefochtenen letztwilligen Disposition der Ehefrau Herbst vom 12. Okt. 1825, weßhalb überall, wie geschehen erkannt werden mußte.

Man sieht aus diesen Gründen, daß die Richter sich den so natürlichen Ansichten des A. L. R. Th. II. Titel 1. §. 492. 493. angeschlossen haben, obgleich solche hier nicht als Gesetz anwendbar waren.

XX.

Ob, wenn Landesgesetze das Vorrecht des Gutsherrn für rückständige Gefälle im Concurse auf einen dreijährigen Rückstand einschränken, diese Einschränkung auch auf Kaufgelder-Vertheilungs-Streitigkeien außer dem Concurse Anwendung finde?

Rechtsfall.

Mitgeheilt
von
Sommer.

(Churköln. Discussions-Ordnung vom 21. Juni 1773 §§. 9. 10.)

In Sachen des Freiherrn von Schorlemer zu Heringhausen gegen den Grafen Hallberg zu Suttrop war es streitig geworden, ob außer dem Falle des Concurses und zwar in Fällen vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung — weil nach dieser, (cf. §. 22. des Publikations-Patents vom 21. Juni 1825) die Classification in Liquidations-Prozessen nach Vorschrift der Allg. Gerichts-Ordnung unstreitig geschehen muß — das Vorrecht des ehemaligen Gutsherrn für die Colonats-Gefälle auch für die mehr als dreijährigen Rückstände statt

finde. Für den Fall des Concurses hatten nämlich die §§. 9. 10. der Discussions-Ordnung vom 21. Juni 1773 (Scotti Samml. Churköln. Provinz. Ges. Abth. I. Bd. 2. S. 936.) diese Einschränkung des Vorrechts auf die dreijährigen Rückstände ausgesprochen. Das Erkenntniß des Hofgerichts zu Arnsberg vom 11. Juni 1831 hat das Vorrecht des Gutsherrn auch für die mehr als dreijährigen Rückstände anerkannt.

Gründe.

— — Nach der Allg. Gerichts-Ordnung findet sowohl in Concurs- als Liquidations-Prozessen, wenn das Objekt, woraus mehrere der in den drei ersten Classen locirten Gläubiger Befriedigung suchen, für die Ansprüche Aller nicht hinreichend ist, eine solche Beschränkung hinsichtlich des Vorzugsrechtes der rückständigen Zinsen Anwendung. Allein das gemeine Recht kennt keine Liquidations-Prozesse, und die Vorschriften der Allg. Gerichts-Ordnung können hier nicht zur Sprache kommen, da gegenwärtige Intervention noch zur Zeit des früheren Rechts anhängig gemacht ist, mithin materielle Rechtsfragen auch nach den früher geltenden Gesetzen beurtheilt werden müssen. Da nun nach allgemeinen Interpretations-Regeln eine lex specialis nicht ausdehnend interpretirt werden darf, vielmehr in allen von dem restringirenden Gesetze nicht berührten Fällen die allgemeine Regel wieder Platz greifen muß, so ist jene aufgestellte Frage zu verneinen, und dem Interventen auch in Ansehung der ältern als dreijährigen Rückstände das Vorzugsrecht des Rentenrechts selbst zuzusprechen.

Digitized by Google

XXI.

Rechtsfall über die Frage: ob der Anspruch auf Gewährleistung auch dann, wenn die Sache selbst oder ein Theil ihrer Substanz evinzirt worden, den kurzen Verjährungsfristen der §§. 343. 344. A. L. R. I. 5. unterliege.

Mitgetheilt
von
Fr. Th. Boele.

Mittelst gerichtlichen Vertrags vom 28. August 1808 übertrug ein gewisser Johann Theodor Padberg zu Berenbrock sein daselbst belegenes Padbergs-Gut seinem Sohne Caspar Anton und dessen damaligen Braut, der jetzt wieder verheiratheten Ehefrau Tiemann. Diese übereignete den Hof im Jahre 1815, nach dem Tode des Mannes, des Caspar Anton Padberg, ihrem Schwager Caspar Theodor Padberg, und schritt demnächst mit einem gewissen Franz Ferdinand Tiemann zur zweiten Ehe, mit dem sie noch gegenwärtig und zwar in vertragsmäßiger Gütergemeinschft lebt. Inzwischen fochten die Vormünder der minorennen Caspar Anton Padberg den letzten Gutsübertrag als nichtig an, und bewirkten auch, daß der Caspar Anton Padberg zur

Digitized by Google

Herausgabe der Hälfte des gedachten Guts in dem Zustande zur Zeit der Uebergabe nebst den gezogenen Nutzungen verurtheilt wurde. Zwar war in diesem Rechtsstreite den Cedenten, Eheleuten Tiemann, gehörig lis denunziirt, dieselben verweigerten jedoch ihre Assistenzschaft, worauf dem Litisdenunzianten die rechtlichen Folgen des verweigerten Beitritts gegen die Litisdenunziaten im Erkenntnisse vorbehalten wurden. Der Evictus ist nun gegen seine Auctoren, die Eheleute Tiemann, mit der Klage auf Gewährleistung aufgetreten. Die Verklagten beschränkten ihre Rechtsvertheidigung hauptsächlich auf den der Klage entgegengesetzten Einwand der Verjährung, welchen sie darauf stützten, daß das Revisions-Erkenntniß, kraft dessen Kläger zur Herausgabe der Hälfte des Padbergs-Guts schuldig erkannt worden, am 25. Septbr. 1829 publicirt, und dem Kläger am 1. Decbr. ej. a. mitgetheilt, die jetzige Klage aber erst am 1. Decbr. 1832 eingelegt, mithin nach der Bestimmung des §. 343. Tit. 5. Th. I. A. L. R. verjährt sey. Kläger behauptete dagegen, daß seinem Klaganspruche nur der Einwand der 30jährigen Verjährung, nicht aber jener kürzeren Frist, würde opponirt werden können.

Durch Erkenntniß des Königlichen Justizamts Erwitte de publicato den 5. Juni 1833 wurde jedoch Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten, mit seiner Klage auf Grund der Verjährungs-Einrede abgewiesen. Auf die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingewandte Appellation erfolgte aber in zweiter Instanz Reformatoria dahin:

daß Verklagte für schuldig zu erachten, dem Kläger wegen der mit den Perzepten ihm entwährten Hälfte

des Padbergs-Guts vollständigen Ersatz zu leisten und das in separato auszumittelnde Interesse, so wie die Kosten des Vorprozesses und den sonstigen durch die Entwährung erwachsenen Schaden demselben zu vergüten und die Kosten in beiden Instanzen gegen einander aufzuheben.

Die Entscheidungsgründe lauten wörtlich:

Denn wenn gleich es als festgestellt erscheint, daß seit Publikation des im Vorprozesse ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisses an den Kläger, ein dreijähriger Zeitraum verstrichen ist, so kann doch hierauf gar nichts ankommen, da die Evictions-Forderung wegen Ansprüche Dritter den in §. 343. 344. I. 5. des A. L. R. festgesetzten kurzen Verjährungs-Fristen nicht unterliegt, vielmehr nur an die gewöhnliche dreißigjährige Präscriptions-Frist gebunden ist. Dieses ergiebt sich aus dem Inhalte der allegirten Gesetze unzweifelhaft, da in ihnen nur von der Verjährung derjenigen Ansprüche die Rede ist, welche aus fehlerhafter Beschaffenheit der vertragsmäßig überlieferten Sachen entstehen. Eigenthums-Ansprüche Dritter sind nicht Fehler der Sache, sie lassen sich weder unter den Begriff natürlicher die Sache selbst betreffender Fehler, noch unter den des Mangels äußerer Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten der Sache subsumiren. Nur von diesen spricht das Gesetz, welches daher auf den vorliegenden Fall nicht angewandt werden kann.

Hiergegen revidirten die Verklagten und das Königliche Geh. Ober-Tribunal erließ nachstehende Sentenz:

Digitized by

In Sachen der Eheleute Franz Ferdinand Tiemann in Berenbrock, Verkl. jetzt Revidenten, wider den Ackermann Caspar Theodor Padberg gnt. Wulf, daselbst, Kläger, jetzt Revisen, erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Revision richtig, zur Sache selbst auch das am 9. Mai 1834 eröffnete Erkenntniß des Civil-Senats des Königlichen Hofgerichts zu Arnsberg dahin abzuändern, daß das am 5. Juni 1833 eröffnete Erkenntniß des Königl. Justizamts Erwitte wieder herzustellen, und die Kosten aller Instanzen zu compensiren. Von Rechts wegen.

Gründe.

Die mit dem §. 317. Tit. 5. Th. I. A. L. R. anfangende Lehre von der Gewährleistung umfaßt nicht allein die frühere actio redhibitoria und quanti minoris nach dem Aedilitischen Edikt, sondern auch, wie die §§. 323. 324. unzweifelhaft ergeben, die eigentliche Evictions-Leistung wegen fehlender Rechte des Auctors, also wegen Ansprüche dritter Personen, und es ist schon deßhalb anzunehmen, daß auch die am Ende dieser Lehre hingestellten Vorschriften über die Verjährung bei Gewährleistungen (§. 343—345.) nicht blos jene, sondern auch diese Art der Eviction umfassen. Dies bestätigt aber auch die Entstehungs-Geschichte des Allg. Land-Rechts. In dem ursprünglichen Entwurfe war die Lehre von der eigentlichen Evictions-Leistung im Titel 11. bei den Kaufverträgen abgehandelt; es wurde aber beliebt, dieserhalb auch im Titel 5 von Verträgen überhaupt Bestimmungen

zu treffen und deßhalb wurden in dem letztern Titel die §§. 323. und 324. wegen Ansprüche Dritter auf die Sache selbst und die §§. 333 — 336. wegen Rechte Dritter auf die Sache und solchergestalt Belastung der letzteren, welche Vorschriften ursprünglich daselbst nicht aufgenommen waren, eingeschaltet und nun auch folgerecht den anfänglich nur vorhanden gewesenen §§. 343. und 345. die Verjährung bei Gewährleistung wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache, die gleich bei dem Empfang wahrgenommen kann, betreffend, der §. 344. beigesetzt, welcher die Verjährung bei der eigentlichen Eviction wegen Ansprüche Dritter auf das Eigenthum der Sache oder wegen Rechte Dritter in Bezug auf dieselbe anordnet und hier die Anfangszeit der Verjährung nicht vom Empfange der Sache, sondern von der von dem Mangel erlangten Kenntniß an rechnet. Die Fassung des §. 344. dahin:

„Mängel, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten derselben betreffen,"

bezeichnet also mit dem Ausdruck: „äußere Eigenschaften" den Fall, wenn die Sache nicht in der stipulirten Größe gewährt und diese ganz oder theilweise dem Käufer durch einen Driten entzogen wird, (§. 135. seq. 164. Tit. 11. Th. I. A. L. R.) mit dem Ausdrucke: „Mängel, die Befugnisse oder Lasten betreffend," aber den Fall, wenn die Sache mit außergewöhnlichen nicht angezeigten Lasten, Servituten und Rechten Dritter (§. 135. seq. 175 seq. Tit. 11. Th. I. A. L. R.) beschwert ist.

Die vorstehende Ausführung ergiebt, daß weder dem ersten Richter, welcher nach §. 343. Titel 5. Th. I.

A. L. R. dem Kläger die dreijährige mit dem Empfange der Sache beginnende Verjährung entgegensetzt, noch auch dem Appellationsrichter, welcher nur eine dreißigjährige Präscriptions-Frist gelten läßt, Beifall gegeben werden kann, daß vielmehr dem Kläger, welcher Gewähr für das halbe ihm entzogene Landgut fordert, die im §. 344. l. c. bestimmte einjährige mit dem Zeitpuncte der von dem Mangel erlangten Kenntniß anfangende Verjährungs-Frist entgegensteht. Diese Frist war am 1. December 1832 bei Anstellung der gegenwärtigen auf Gewähr-Leistung gerichteten Klage längst verstrichen, da das ihn zur Herausgabe des halben Gutes verurtheilenden Revisions-Erkenntniß im Vorproceß am 25. Septbr. 1829 publicirt und ihm nach seinem eigenen Zugeständniß am 1. December 1829 mitgetheilt ist, dieser Zeitpunkt also, mit welchem er zuverlässige Kenntniß von der Entwährung erhielt, als Anfang der Verjährung betrachtet werden muß.

Aus diesen Gründen war das erste abweisende Erkenntniß wieder herzustellen.*)

Berlin, den 28. März 1835.

(L. L.) (gez.) Sack.

---

*) Der in dem Revisions-Erkenntnisse entwickelten Ansicht sind auch: Sievert in den Materialien VII. S. 69 sq., Grävell in der General-Theorie der Verträge S. 273., Bielitz im Commentar I. S. 713. Näher aus den Quellen entwickelt ist sie auch noch in der Gesetz-Revision Pensum XIV. S. 123—133. Die andere Ansicht vertheidigt besonders Bornemann: Von Rechtsgeschäften S. 374 sq. und Preuß. Civilr. Bd. 2. S. 615 sq. — Wie würde die Entscheidung aber ausgefallen seyn, wenn die Verklagten in Folge der im Vorprozesse an sie ergangenen Litisdenunciation ihre Vertretungs-Verbindlichkeit anerkannt hätten? Boele.

XXII.

Sieben Sätze in Bezug auf Preußens transitorische Rechts-Gesetze vom Jahr 1833 zu Veranlassung einer wissenschaftlichen Kritik derselben, aufgestellt von K. W. Kayser, Königl. Preuß. Criminal-Rathe und Justiz-Commissar bei dem Ober-Landesgerichte zu Naumburg. Leipzig, Verlag von Heinr. Francke. 1835. gr. 8. 22 S. (5 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

Der Verfasser — wahrscheinlich jener Sohn des Unglücks, der ad Th. VIII. vom Gerichte zu einer verspäteten Appellations-Einlegung verleitet ward — stellt hier 7 aphoristische Sätze über die Verordnungen vom 1. Juni und 14. December 1833 auf, eigentlich acht, er beschränkt sich aber auf die mystische Zahl 7, weil doch gewiß einer bei der Beurtheilung ausfallen würde. (S. 12.)

I. Es wird bemerkt, daß der Ausdruck „Geschäfte" des §. 1. Nr. 12. der Verordnung vom 1. Juni 1833 wohl etwas allgemein gebraucht sey, da z. B. Concessionen von Jagdrechten, Vocationen zu Pfarr- oder Schulstellen

Digitized by Google

und oberherrliche Anerkenntnisse von Eigenthumsrechten gegen jährliche Leistungen oder Lehnwaaren auch Geschäfte seyen, worüber öffentliche Urkunden ausgestellt werden, und die Redaction des Gesetzes doch schwerlich habe sagen wollen, daß diese Urkunden gegen dritte von denen, zwischen welchen sie errichtet sind, verschiedene Personen das Mandats-Verfahren begründen sollen. Ganz mit Rechte findet der Verf. den wesentlichen Charakter einer Urkunde, wie man sie hier im Sinne gehabt, darin, daß sie zu dem Beweise der Verbindlichkeit, auf welche geklagt wird, zwischen dem Kläger und dem Verklagten oder deren Vorfahren eigends errichtet sey; allein wie kann das auch nur je bestritten gewesen seyn?

II. Da nach §. 8. und 18. der Verordnung vom 1. Juni 1833 die Sache auf die Klagbeantwortung sofort zu der mündlichen Verhandlung vor das Collegium gezogen werden soll, so kann es, wie der Verf. bemerkt, allerdings kommen, daß für die Aufnahme von Repliken, Dupliken u. s. w. mehrere unnütze Colleg-Sessionen gehalten werden müssen, wofür auch schon die Thätigkeit einer einzigen Person, des Deputirten, ausgereicht haben würde. Hier liegt der Punkt, wo sowohl das summarische Verfahren vervollständigt als überhaupt generalisirt werden kann. Sobald die Einrede faktische Nova enthält, muß der Commissar — so würden wir ihn am liebsten nennen — sie kurzer Hand unter denselben Präjudizen, wie die Klage, zur Replik, und erforderlichen Falls diese zur Duplik kommuniciren können. Kommt nun die Sache zur Plaidoierie, so ist sie durch ein schriftliches Vorverfahren so vorbereitet, daß

Digitized by Google

auf den Vortrag des Referenten und die Verhandlung der Partheien endlich erkannt oder das Beweis-Resolut erlassen werden kann. Man muß nicht ohne Noth Viele beschäftigen, wo einer ausreicht, das Leben und die Zeit sind so kurz. — Das findet nun aber im summarischen Prozeß ebenso, wie im ordentlichen statt, dessen Ordnung man jetzt noch entwerfen will. Weder kann man sagen, daß der ordentliche Prozeß nothwendig ein Vorverfahren bis zur Duplik haben müsse — es wird sehr oft mit der Einrede abgeschlossen werden können, — noch kann man sagen, daß im summarischen Prozeß das Vorverfahren nothwendig mit der Einrede aufhören müsse. Es liegen hier überall keine Unterschiede in der Sache. Unser summarischer Prozeß ist nur ein Versuch eines neueren besseren Verfahrens, und da dieser Versuch so vortrefflich gelungen, so kann der summarische Prozeß nur — mit geringen allgemeinen Verbesserungen — generalisirt werden. Eine neue Prozeß-Ordnung, worin man den summarischen Sachen das schleppende Verfahren der alten Instruktions-Maxime, einen Vortrag vor dem erkennenden oder resolvirenden Richter ohne persönliche unmittelbare Verhandlung der Streitenden vor diesem Richter gegenübersetzte, kann man nur einen unsrer Zeit nicht angemessenen bedauerlichen Rückschritt nennen. Der summarische Prozeß muß der ordentliche, und der ordentliche summarisch werden. Man verlangt überall nach Eisenbahnen! Unser summarischer Prozeß ist nun schon eine Staats-Institution, die man also, da sie sich in kurzer Frist besser, als die Instructions-Maxime in langer Frist bewährt hat, weiter entwickelen, einer neuen

Prozeß-Ordnung überhaupt zum Grunde legen kann. Er hat per acclamationem schon den Adel des Historischen erlangt! Große Geister erwerben solche Vorzüge schnell, während das Todtgeborne nie lebendig, das Krüppelhafte nie stark wird.

III. Der Verf. hält den Appellations-Beantwortungs-Termin des §. 43. dann, wenn der Appellant keine Nova vorgebracht, überflüssig. An und für sich aber muß der Appellant auf alle Fälle berechtigt seyn, die Appellations-Rechtfertigung schriftlich zu widerlegen, was ja auch durch neue Thatsachen zur Unterstützung des ersten Erkenntnisses, selbst dann, wenn es nicht durch Nova angefochten ist, geschehen kann. Eines Termins — im Gegensatz gegen Frist — bedarf es aber nur, wenn keine Anwälde handeln. Und da in der Regel Anwälde auftreten, so ist der Appellations-Beantwortungs-Termin als Termin in der Regel eben so überflüssig, als der Rechtfertigungs-Termin. Wir haben dieser Termine überhaupt zu viele, Transactionen zwischen den Vertheidigern des Alten nnd Neuen haben sie geboren. So sind z. B., da gewiß $^9/_{10}$ aller Bagatellsachen nicht contentiös werden, $^9/_{10}$ aller Termine in diesen Sachen unnütz, und es würde eine Frist, wie im Mandats-Prozeß, völlig ausgereicht haben. Es wird mit der Zeit gewiß auch noch zur Abschneidung dieser unnützen Termine kommen.

IV. Der Verf. tadelt, daß nach §. 37. die Erkenntnisse auch den Partheien zugestellt werden sollen. Mit Unrecht. Da nun die neue Appellations-Frist keine Restitution mehr zuläßt, so ist es wichtig, auf alle Fälle

Digitized by Google

sich zu vergewisseren, daß die Parthei das Urtheil wirklich zeitig erhalte.

V. Der Verf. tadelt die Zuziehung des Protokollführers in Bagatellsachen, „damit es den Königl. Gerichtsamtleuten möglich bleibe, mit selbstständiger Unterstützung eines dergleichen Untergebenen in einem Tage 20 solcher Sachen abmachen zu können." Die selbstständige Unterstützung wird wohl heißen sollen, daß der Protokollführer auch selbstständig verhandeln könne. — Allein hier muß man am reiflich erwogenen Gesetze festhalten. Grade in Bagatellsachen, die meist ohne Appellation entschieden werden, ist es vorzüglich wichtig, durch Zuziehung eines Protokollführers den Richter gegen auch dem urtheilenden Geiste nachtheilige physische Erschöpfung zu sichern. Es handelt sich hier gewöhnlich um die Habe des Armen, um das Scherflein der Witwe! — Ueberhaupt muß die Zuziehung des Protokollführers generalisirt werden. Es hören dann auch bei Zeugen-Verhören die so traurigen Capitulationen bei der Vorlesung über Mißverständnisse des Richters, der oft nicht einmal die Volkssprache versteht, auf, Capitulationen, die sich dann am Ende in Gestalt von Berichtigung der Aussage der Zeugen darstellen. Wird dagegen die Aussage diktirt, so können sowohl die Zeugen als die Anwälde durch eine kurze soforte Bemerkung die Verrenkungen und Beinbrüche vermeiden, an denen unsere Zeugen-Vernehmungs-Protokolle in der Instruktions-Marime so oft leiden.

VI. Der Verf. wünscht, daß in bis zum 1. März 1834 anhängig gewesenen Prozessen die Revision noch nach dem alten Gesetz zugelassen worden wäre, weil doch

Digitized by Google

Mancher darauf gerechnet, daß er selbst gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse noch die Revission habe. Da aber in der Regel Jeder einen Prozeß in der Absicht, ihn schon in den ersten Instanzen zu gewinnen, anfängt, so gewinnt der eine durch das neue Gesetz so viel, als der andere. — Wenn der Verf. hiebei anführt, daß diese schon vor dem 1. März 1834 anhängige Prozesse nicht, gleich den späteren, schon in erster Instanz von zwei Referenten genau erwogen worden, so verstehen wir ihn nicht, da die zwei Referenten ja nicht für die erste Instanz vorgeschrieben. — Bei dieser Gelegenheit möchten wir wohl fragen, ob es wirklich wahr, daß, wie versichert wird, ein oder ander Ober-Landes-Gericht — nicht das Arnsberger Hofgericht — das Gesetz vom 14. December 1833 so interpretire daß es nur dann doppelt referiren lasse, wenn vor dem Gesetze in der betreffenden Sache die Revision statt gefunden haben würde. Das doppelte Referiren in Appellations-Sachen, wo nicht mündlich verhandelt wird, ist auch einer von den köstlichen Cardinalsätzen, an denen man halten muß, was auch immer richterliche Bequemlichkeit dagegen anführen mag. Es bessert die Rechtssprechung wesentlich.

VII. Die neue Appellations-Frist, vollends für den Fiskus, ist dem Verf. zu lang, uns auch. Nur müßte aber bei der Abkürzung derselben alsdann, wenn die Appellation nachher zurückgenommen wird, der halbe Appellationsstempel nicht schon verwirkt seyn.

VIII. Der zu kurze §. 29. der Verordnung vom 14. December 1833 — von uns im vorigen Jahrgange S. 128—131. berührt — scheint eine nähere Bestim-

Digitized by Google

mung des Wortes „Instanz“ wünschen zu lassen. Am 11. März 1834 wurde ein Erkenntniß in einer älteren Prozeßsache eröffnet. Den Tag nach der Publikation berichtet der Anwald den Tag, wann er Antwort haben könne und bestimmt dadurch (nach der alten Prozeß-Ordnung) den Anfang des Decendiums. Das Gericht geht darauf ein, bewilligt aber mit den Worten „die sechswöchentliche Appellationsfrist beginnt für den Verklagten den 26. März“ wegen des neuen Gesetzes eine Frist von 6 Wochen, und macht diese Fristbestimmung dem Sachwalter der Gegenparthei bekannt, von welchem auch dagegen klüglich nicht eher etwas erinnert wurde, bis die 6 Wochen vom 11. März 1834 ab abgelaufen waren, wo er nun Execution nachsuchte. Der Anwald des Verklagten appellirt vor Ablauf der sechswöchentlichen Frist vom 26. März ab. Ein hier mitgetheiltes Gutachten der Königl. Schöppen zu Halle sucht zu beweisen, daß, da die Publikation des Urtels noch zu der Instanz gehöre, in welcher die Sache bisher anhängig gewesen, selbe, wenn sie auch erst nach dem 1. März 1834 erfolge, nach Vorschrift der früheren Gesetze geschehen, und nach diesen letzteren der von jener, zu der ersten Instanz zu rechnenden, Handlung abhängende Anfang der zu Einwendung der Rechtsmittel vorgeschriebenen Frist bestimmt werden müsse, so daß also der Anfang dieser Frist nicht, wie dieses nach dem neuen Gesetze der Fall, von dem Tage an, an welchem die Parthei oder deren Stellvertreter von dem Inhalte des Urtels Kenntniß erhalten, sondern von dem Tage an, an welchem das Urtheil der Parthei selbst bekannt geworden, und deren Sachwalter, seiner Anzeige nach, die Erklärung derselben über das einzuwendende Rechtsmittel erwarten zu können glaubte, die Dauer der Frist aber nach dem neuen Gesetze berechnet werden müsse. Die Ansicht der Praxis ist hiegegen, indem es Niemand einfällt, bei jetzt noch publicirten Entscheidungen von vor dem 1. März 1834 angefangenen ordentlichen Prozeß-Sachen die Appellations-Frist erst vor

der Mittheilung des Urtheils an die Parthei an zu berechnen. — Zu wünschen wäre es allerdings, daß der Parthei im vorliegenden Falle zu helfen wäre, daß die §§. 21. und 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. Dec. 1833 nicht entgegenständen, daß, wie das Gutachten annimmt, das Gericht nicht gegen das Gesetz, sondern in Gemäßheit desselben nach einer von ihm gemachten, wenn auch nur in etwa zu rechtfertigenden, Auslegung desselben, gehandelt. Sollte man nicht etwa sagen können, der §. 22. spreche nur von der Verlängerung der — also unbestritten — laufenden Frist, nicht vom Anfangspunkte derselben, ferner die §. 22. aufgehobene Restitution des §. 34. und 35. A. G. O. I. 14. nur von der Restitution wegen persönlicher Ehehaften des Appellanten oder Mandatars in Wahrung der Appellations-Frist vom Tage an, wo das Urtheil der Parthei hätte zukommen können, nicht also von einem Irrthume des Richters über die Frage, ob dieser Tag der Ankunft des Urtels an die Parthei noch der entscheidende sey, endlich der §. 5. Nr. 3. handele nicht von dem Falle, wo der Richter nicht eine verspätete Anmeldung zuläßt, sondern vorher den Anfangstermin des Fristlaufes irrig bestimmt, und die Parthei diesen Termin nicht überschreitet? — Das neue Gesetz ist nur ein Bruchstück aus einem größeren, den Gesetz-Redaktoren in der Idee vorschwebenden, Ganzen, wo der Richter den nach der bisherigen Prozeß-Ordnung besessenen ungemessenen Einfluß auf die Prozeß-Leitung verloren hat; aber da dieses Bruchstück nun der alten Prozeß-Ordnung eingefugt wird, können Fragen, wie die vorliegende, freilich nicht ausbleiben. Wir leben in einer Uebergangs-Periode, und wenn endlich der Friede geschlossen, wird man der während des Uebergangs Verunglückten vergessen.

Digitized by Google

XXIII.

Ueber das Prinzip der neuen Preußischen Gesetzgebung, und dessen Einfluß auf das Proceßrecht; mit Hinsicht auf die Verordnungen vom 1. Juni und 1. Decbr. 1833.

(Fortsetzung.)

Vom

Hofgerichts-Rath **K. J. Ulrich**.

Wenn wir das Prinzip unserer neuen Gesetzgebung erörtern, so ist es nicht ohne Interesse, zu bemerken, daß der jetzige ordentliche Preußische Proceß, dem gemeinrechtlichen summarischen Proceß, seinem Wesen nach, entnommen ist. Wir glauben das uns vorgesteckte Ziel nicht zu verfehlen, wenn wir diesen eben angedeuteten Ursprung, mithin die wissenschaftlichen Anknüpfungs-Punkte unserer Gesetzgebung, mit dem gemeinen Prozesse aufzuweisen uns bemühen. Die Folge wird ergeben, daß wir dabei auch in den Gränzen unserer Aufgabe geblieben sind.

Der summarische Proceß der Römer wurde erst durch die Edicte der Prätoren gebildet. Das ganze 43. Buch der Pandecten, besonders der erste Titel desselben, de interdictis, sive extraordinariis cognitionibus, enthält Belege von dem Umfange der prätorischen Cognition, den summarischen Processen der Römer. Das

canonische Recht, die Reichsgesetzgebung, so wie die Territorial-Gesetze fast aller deutschen Länder, gaben den summarischen Processen bestimmtere Normen, weitere Entwickelung und Ausdehnung

Allein nur einigen dieser Proceßarten war eine bestimmte Form, und die durch ihren Zweck gegebene Grenze vorgezeichnet, innerhalb welcher sie sich zu bewegen hatten. Sie werden unter dem Namen des bestimmten summarischen Processes begriffen. Man braucht nur die unter diesen Begriff gehörigen Processe,

den Mandatsproceß,
" Executivproceß,
" Wechselproceß,
" Arrestproceß,
" Possessorischen Proceß

zu nennen, um die Natur des bestimmten summarischen Processes, sein Ziel und seine Gränze zu verdeutlichen. Es ist charakteristisch für denselben, daß er nicht zu einer definitiven, sondern nur zu einer provisorischen Entscheidung führte, welche viele, zur Feststellung des wirklichen Rechtszustandes gehörende Thatsachen, einem Separat-Verfahren vorbehalten mußte. Er konnte daher auch niemals einem ordentlichen Processe zur Grundlage dienen.

Ihm gegenüber steht der unbestimmte summarische Proceß des gemeinen Rechts; er führt zu einer definitiven Entscheidung; verstattet den Gebrauch aller Einreden und Beweise, und beruht nur auf dem Grundsatz, daß die Sachen, zwar mit Beobachtung der wesentlichen Erfordernisse des Processes, aber mit Beseitigung mancher Förmlichkeiten, Abkürzung der Fristen, Vermeidung schriftlicher Verhandlungen unter den Partheien, Sine strepitu et figura judicii, — wie sich die Clem. 2. de verb. signif. (5, 12.) ausdrückt, — schneller zum Ziele geführt werden sollen. Die Vernehmung der Partheien durch den Richter führte eine amtliche Einwirkung auf die Ermittelung der Wahrheit von selbst

herbei.[1]) Es ist hier aber grundsätzlich zugleich der erkennende Richter, welcher die Partheien hört; auch dessen Einwirkung, dem Prinzip des gemeinen Processes gemäß, nur eine leitende. Die Partheien dürfen sich, nicht bloß zu ihrer Assistenz, sondern zu ihrer Vertretung der Mandatarien bedienen, und eine Contumacial-Instruction hat sehr promte Rechtsfolgen.

Unter diesem unbestimmten summarischen Proceß sind begriffen, der Proceß über Alimente, Lohnforderungen, Handelssachen, Baustreitigkeiten, geringfügige Sachen ꝛc.[2]) Es ist nicht zu verkennen, daß dieser unbestimmte summarische Proceß des gemeinen Rechts tüchtige Grundzüge zur Regeneration des ordentlichen Processes darbot, und daß man bei Verbesserung des ordentlichen Processes in Preußen, größtentheils demselben gefolgt ist. Man beseitigte den Schriftwechsel, den Strepitus et figura judicii, und fügte demselben durch Aufhebung des Erkenntnisses auf Beweis, eine wesentliche Verbesserung bei,[3]) wogegen man andere Vorzüge desselben, aus über-

---

[1]) Danz summar. Proc. §. 7. Not. d.

[2]) Der französische Proceß schreibt ein summarisches Verfahren vor, über Ansprüche wegen Beschädigung an Früchten, Grenzstreitigkeiten, Pacht- und Miethsachen, Forderungen welche auf unbestrittenen Urkunden beruhen, oder tausend Franken nicht übersteigen, Handelssachen, Besitzstreitigkeiten, wegen rückständigen Renten. (Code de proced. ad. Art. 3. 23. 404. ferner liv. 2. Tit. 25.) Nach des Herrn Oberpräsidenten v. Vincke interessanter Darstellung der innern Verwaltung Großbrittaniens, werden in England Injurienſachen, Eigenthumsbeschädigungen, Zehntbeschwerden, Klagen auf Zahlung von Banknoten oder Wechseln bis zu fünf Pfd. Sterl., Streitigkeiten über Gesinde- und Handwerkslohn, über Vaterschaft und Alimentation unehelicher Kinder, summarisch vor den Friedensrichtern verhandelt und entschieden. (S. 26.)

[3]) Diese wesentliche Aenderung, ist dem bestimmten summarischen Processe des gemeinen Rechts nachgebildet, in welchem ebenfalls kein Erkenntniß auf Beweis stattfand. Hefftter Instit. S. 433. N. 12. Gensler im Archiv für Civ. Praxis I. S. 345.

triebener Sorge für das materielle Recht, aufgab. Man löste nämlich die ansprechende Verbindung des erkennenden Richters mit den Partheien; gestattete dem Richter einen zu großen Einfluß auf den Gang des Processes, welches den größeren Nachtheil herbeiführte, daß dem, die Parthei und ihre Mandatarien verknüpfenden Mandat, seine bindende Kraft, und dem, die Bewandniß der Thatsachen unmittelbar untersuchenden Richter gegenüber, dem Contumacial-Verfahren seine Grundlage entzogen wurde. *) Die Verordnung vom 1. Juni 1833 hat auch in dieser Beziehung wesentliche Veränderungen geschaffen, und sich den besseren Grundsätzen des gemeinen Processes genähert, während sie die Mängel desselben vermindert, und die wahren Vorzüge der in der A. G. O. niedergelegten Grundsätze des Verfahrens beibehält. Zunächst darf bemerkt werden, daß durch diese Verordnung der Unterschied zwischen dem bestimmten und unbestimmten summarischen Proceß, in der Preußischen Proceß-Gesetzgebung wieder praktisch geworden ist. Zu jenen gehört der Mandatsproceß, Wechselproceß, Arrestproceß und des possessorium summarissimum; zu diesem, der durch die Verordnung von 1. Juni 1833 geschaffene summarische Proceß im engeren Sinne, nebst dem Bagatellproceß.

Den Ersteren charakterisirt auch hier das gemein-

*) Eben deshalb, weil der ordentliche Preuß. Proceß dem unbestimmt summarischen des gemeinen Rechts nachgebildet, kennt die A. G. O. einen unbestimmten summarischen Proceß nicht. Sie behielt zwar die Namen mancher Processe bei, welche noch im gemeinen deutschen Processe zu den unbestimmten summarischen gehören, z. B. in Bagatellsachen, Handelssachen, Unterthanenprocesse, Grenz- und Bausachen, Gemeinheitssachen, Pacht- und Miethsachen, Rechnungssachen, Auseinandersetzungen. (A. G. O. Th. I. Tit. 26. 30. 41. 42. bis 46.) Allein es sind dort nur die Grundsätze des ordentlichen Preußischen Processes, auf die verschiedenen Objecte des Verfahrens, mit den durch die Natur derselben und den Zweck des Verfahrens gebotenen Modificationen, in Anwendung gebracht.

Digitized by Google

same Merkmal, daß derselbe nur einen provisorischen Rechtszustand begründet, — wogegen der zweite, der unbestimmte summarische Proceß, die definitive Feststellung der Rechtsverhältnisse unter den Partheien herbeiführt, und nicht nur geeignet, sondern wahrscheinlich und hoffentlich auch berufen ist die Regeneration des ordentlichen Processes vorzubereiten. Es sey uns erlaubt, die Gründe anzudeuten, welche diese unsere Hoffnung motiviren.

I. Ein unendlicher leider noch nicht überall gewürdigter Fortschritt, ist die Entfaltung der Sache, sowohl durch die Vorträge der Partheien, als auch die unmittelbare Anschauung der Beweisresultate, in Gegenwart des erkennenden Richters. Die Vortheile dieser Verbesserung werden erst von der kommenden Generation lebhaft empfunden werden, da die jetzige noch an der Quasi-Legitimität des Buchstaben- und Papier-Dienstes kränkelt, mit der wir von Jugend auf bis ins reifere Mannesalter einige Abgötterei getrieben. Die Empfänglichkeit für unmittelbare Anschauungen ist großentheils erloschen, und wir vermögen das frische Leben kaum anders als durch die Camera obscura der Acten-Deckel zum Bewußtseyn zu bringen. Allein die Zeit wird frische Blüthen treiben; unter dem Schirme der Oeffentlichkeit werden sich Richter und Partheien hören und verstehen lernen.

II. Eine zweite glückliche Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen Proceß, erkennen wir in der Begründung eines praktisch wirksamen Contumacialverfahrens. Die Verordnung vom 1. Juni 1833 enthält hierüber folgende Bestimmungen:

1) Thatsachen und Urkunden worüber der Verklagte im Klagbeantwortungstermine sich nicht erklärt, werden für zugestanden und anerkannt gehalten. Nach den Klagbeantwortungstermine dürfen

2) fernere Einreden welche auf Thatsachen beruhen,

Digitized by Google

im Laufe der ersten Instanz vom Verklagten nicht mehr vorgebracht werden. (§. 14.) [5])

3) Erscheint eine Parthie im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so werden

a) alle streitige von dem Nichterschienenen angeführte, mit schriftlichen Beweisen nicht unterstützte Thatsachen für nicht angeführt;

b) alle vom Gegentheil angeführte Thatsachen, denen noch nicht ausdrücklich widersprochen worden, für zugestanden;

c) die vom Gegentheil beigebrachten Urkunden für recognoscirt angesehen;

d) ebenso wird es gehalten, wenn eine erschienene Parthei auf solche neue Umstände, welche bei der mündlichen Verhandlung noch vorgebracht werden dürfen, die Einlassung verweigert (§. 25.);

e) eine Contumacialfolge trit aber nicht ein, wenn eine Parthei hinsichtlich neuer bei der mündlichen Verhandlung noch zulässiger Thatumstände und Beweise nicht vorbereitet sein konnte, es muß alsdann vielmehr die Fortsetzung der Verhandlung bis zu einer andern Sitzung vertragt werden. (§. 27.)

Der Verklagte ist also zu einer vollständigen Litiscontestation bei Strafe des Eingeständnisses, und zum Vorbringen sämmtlicher Einreden, bei Strafe der Präclusion für die Instanz verpflichtet. Dagegen bleibt dem Kläger das Recht der Replik, (d. h. sowohl der Einlassung auf die Einreden, als auch des Vorbringens neuer die Rechtswirkung die Einreden vernichtender Thatsachen) und nicht minder dem Verklagten, das Recht der Duplik unbeschränkt.

Der Kläger darf aber unter der Form von Repliken,

---

[5]) Im gemeinen Proceß hat der jüngste Reichsabschied die Präclusion der, binnen der Einredefrist nicht vorgebrachten Einreden, für den ganzen Proceß verordnet, und wurde der Verklagte damit nur per modum restit. in integrum ob noviter reperta gehört.

Digitized by Google

weder die Klage ändern, noch der Verklagte unter der Form von Dupliken, Einreden und Erklärungen nachbringen, mit denen er, wegen Ungehorsams bei der Klagbeantwortung, bereits präcludirt worden ist.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung ist es, in welchem die Partheien zum Repliciren und Dupliciren berufen sind.[6])

Bringt der Kläger Repliken vor, so wird in der Regel ein neuer Termin (ad duplicandum) anberaumt werden müssen.

In Beziehung auf das Contumacial-Verfahren im Termine zur mündlichen Verhandlung sind uns in der

---

[6]) Wenn das durch die Verordnung vom 1. Juni 1833 eingeführte Verfahren zugleich die Grundlage für den ordentlichen Proceß werden soll, so würden wir eine schriftliche Re- und Duplik, mit Fortführung der im §. 14. und 25. ausgesprochenen Contumacial-Präjudice in Vorschlag bringen. Das Verfahren erhält alsdann theils durch bestimmte Contumacial-Anträge, theils durch bestimmte Erklärungen über alle factisch erhebliche Thatumstände eine feste Basis. Wird damit zugleich die Verpflichtung der Partheien verknüpft, mit diesen Schriftsätzen alle Thatsachen und Beweismittel, die Urkunden wenigstens in Abschrift, die übrigen durch bestimmte Beweisantretung beizubringen, unter dem Rechtsnachtheil, daß nach Einreichung der Duplik, außer der Eidesdelation, in dieser Instanz kein weiterer Beweis, sofern er sich nicht aus den aufgenommenen Beweisen entwickelt, zulässig; — sodann eine mündliche Verhandlung, welcher ein schriftliches, den Partheien wenigstens acht Tage vor dem Termine mitzutheilendes Referat, den Status causae et controv. vertretend vorauszuschicken; — so mögte dieses tüchtige Grundzüge des Verfahrens im ordentlichen Proceß darbieten. Daß ein Eingehen ins Detail hier nicht thunlich, bedarf keiner Ausführung; nur sey uns noch die einzige Bemerkung hier als dringenden Wunsch niederzulegen vergönnt, daß die Mittheilung der Partheischriften, auf dem Wege der gewöhnlichen Insinuation, an die Partheien resp. deren bevollmächtigten Anwälde geschehen, und dabei die, dem Richterpersonal, so wie den Mandatarien eine kostbare Zeit raubende, völlig überflüssige Dazwischenkunft der Deputirten vermieden werden möge.

Digitized by Google

Praxis Mißgriffe begegnet, welche nur durch ein Verkennen der Grundsätze zu erklären sind, auf welchen das Contumacial-Verfahren beruht. — Einige sind der Meinung, daß, wenn der Verklagte, nachdem er in der Klagbeantwortung seine Exceptionen vorgebracht, im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheine, die, von dem erschienenen Kläger vorgebrachten Repliken, ohne weiteres für gestanden anzunehmen; diese Ansicht ist aber ohne Zweifel irrig. Die Contumacial-Verhandlung kann nur auf der Annahme eines stillschweigenden Zugeständnisses beruhen; sich also nicht auf Thatsachen erstrecken, von denen der Veklagte, bisher nicht die geringste Kunde erhalten. Auch beschränkt der §. 25. der Verordnung vom 1. Juni 1833 die Annahme eines stillschweigenden Zugeständnisses, bei dem Ungehorsam einer Parthei im Termine zur mündlichen Verhandlung, auf diejenigen Thatsachen, welche der Gegentheil bis dahin angeführt hat. In solchen Fällen muß daher der Verklagte unter Mittheilung der vom Kläger vorgebrachten neuen Thatumstände zu einem nochmaligen Termine vorgeladen werden.

Es ist uns eine Bagatellsache vorgekommen, in welcher der Kläger in dem Termine zur Klagbeantwortung und mündlichen Verhandlung nicht erschien. Die Acten waren also nach §. 10. der Verordnung unbedenklich zu reponiren; denn in Gemäßheit des §. 44. Titel 9. Theil 1. der Proceß-Ordnung, findet eine Contumacial-Verhandlung erst nach erfolgter Einlassung statt; auch wird der Kläger im Bagatellproceß, so wie in dem nach den zweiten Abschnitt der Verordnung zu behandelnden summarischen Processen zum ersten Termin nur unter dem Rechtsnachtheil der Actenposition vorgeladen. (§. 23. 52. und 54. der Instruct. vom 21. Juli 1835.) Der erschienene Verklagte leugnete inzwischen die Klage, brachte eine genügend substanziirte uneigentliche Widerklage vor, und beharrte dabei, daß ihm, nach §. 24. der Verordnung, auf Contumacial-Verhandlung anzutragen freistehe. Der Richter ging in diese

Ansicht ein, und erkannte sofort in Contumaciam, daß der Kläger und Widerbeklagte mit seiner Klage abzuweisen, und den Betrag der Widerklage an den Widerkläger zu zahlen schuldig sey.

Wir führen dieses Beispiel nur an, um zu zeigen, in welches Unrecht wir uns verirren, wenn wir die leitenden Principien des Verfahrens aus den Augen verlieren.

Nicht minder unrichtig scheint es uns, wenn von Manchem die Mittheilung der Protokolle über die stattgefundene mündliche Verhandlung, insbesondere alsdann, wenn darin Nova vorhanden sind, welche einer Erklärung im nächsten Termine bedürfen, für unnöthig erachtet wird. Es ergiebt sich schon aus dem Obengesagten, daß, ohne solche Mittheilung eine Contumacial-Verhandlung nicht stattfinden kann; überdies streitet diese Unterlassung gegen den ersten Grundsatz des Processes, — Gestattung vollständigen Gehörs. In demselben Verhältniß in welchem der Dispositionsbefugniß der Partheien im Processe, ein größerer Spielraum gegeben wird, muß auch die Mittheilung aller, auf ihr gegenseitiges Rechtsverhältniß Bezug habenden Thatumstände, im weitesten Umfange stattfinden. Je strenger insbesondere das Contumacial-Verfahren ist, desto klarer stellt sich die Nothwendigkeit heraus, dasselbe an feste unverrückbare Normen zu knüpfen. Jemehr wir uns bei den laxen Grundsätzen der A. G. O. daran gewöhnt haben, diese Normen zu ignoriren, desto sorgfältiger müssen wir sie jetzt aufzufassen und zu entwickeln suchen, wenn nicht das materielle Recht der imminentesten Gefahr ausgesetzt werden soll.

3) Die Herstellung der richtigen Grundsätze des Contumacial-Verfahrens hat weiter zur Folge, daß sie die dem Richter durch die A. G. O. auferlegte Verpflichtung, von Amtswegen auf Herbeischaffung des, zur Aufklärung streitiger Rechtsverhältnisse dienenden Materials einzuwirken, von selbst aufhebt. Der §. 74. der Verordnung vom 1. Juni 1833 bestimmt:

„Bei dem Mandats- und summarischen Proceſſe, so wie bei dem Verfahren in Bagatellſachen, kommen die Vorſchriften der Titel 1. bis 25. einſchließlich, der Proceß-Ordnung inſoweit zur Anwendung, als die gegenwärtige Verordnung nicht abweichende Beſtimmungen enthält.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die §§. 6. und 7. der Einleitung der Proceß-Ordnung, welche die Richter zur unmittelbaren und ſelbſtthätigen Unterſuchung der Wahrheit der Thatſachen; die §. 58. §. 101. Tit. 10. §. 5. Tit. 17. I., die ihn zur Herbeiſchaffung der Dokumente, zur Editionsforderung von Dritten, und zur Adictation, von Amtswegen verpflichten, durch die Vorſchriften der Verordnung vom 1. Juni 1833, namentlich durch die peremtoriſche Kraft der Einredefriſt, und das, an die, binnen dieſer Friſt, nicht geſchehene Erklärung über Thatſachen und Urkunden geknüpfte Eingeſtändniß; (§. 14.) durch das, dem Ungehorſam im Termin zur mündlichen Verhandlung unmittelbar folgende Contumacial-Präjudiz (§. 25.); durch die Beſchränkung der Editionsgeſuche, Adcitationen und Litisdenunciationen, auf die Klage und Klagbeantwortungsfriſt (§. 16. 17. 55.), endlich durch die für das Beweis-Verfahren beſtimmte Präcluſivfriſt (§. 35.) aufgehoben ſind. Denn das Geſetz knüpft an den Ungehorſam einer Parthei, die Erwerbung von Rechten für den Gegner, welche durch die officielle Thätigkeit des Richters um ſo weniger vernichtet werden kann, als dadurch das Princip der Verordnung von ſelbſt zerſtört werden würde.

Dieſe Rückkehr zu den richtigen, beim Civilproceß allein mit Conſequenz durchzuführenden Grundſätzen, hat ſchon ſeit der kurzen Zeit ihrer Geltung den wohlthätigſten Einfluß auf die Rechtspflege geäußert, und es befeſtigt ſich mit jedem Tage die Ueberzeugung, daß die ſogenannte Unterſuchungsmarime in der A. G. O. unrichtig im Prinzip, practiſch unausführbar, und gefährdend für das Recht ſey. Ihren Urſprung hat ſie der Idee von der

Digitized by Google

Omnipotenz des absoluten Staats zu verdanken, welcher alle seine Zwecke durch unmittelbare Selbstthätigkeit der Staatsgewalt, von welcher die richterliche ein Theil, zu verwirklichen verpflichtet. Da nun Herstellung des Rechts, Beseitigung des Unrechts, im Staatszwecke liege, so rechtfertige sich bei Processen die officielle Thätigkeit des Richters zur Untersuchung des Rechts oder Unrechts von selbst.

Es ist aber zuvörderst die Herstellung jedes bedrohten oder verletzten Rechts keineswegs Zweck des Staats; sondern derselbe darf in Privatrechts-Verhältnisse nur dann, insoweit und in der Weise thätig werden, als eine Parthei ihn zum Schutz oder zur Herstellung ihres Rechts anruft; sonst würde er verpflichtet seyn, alle Rechte und Pflichten der Unterthanen gegeneinander, einer Controle zu unterwerfen. Nicht der tausendste Theil des, sich in Privatrechts-Verhältnissen begebenden Unrechts, gelangt zur Kenntniß und Entscheidung der Gerichte; die bei weitem größere Mehrzahl vertraut die Anerkennung und Genügung mißkannter Rechte, der Zeit, gegenseitiger Verständigung, gütlicher Einwirkung und besserer Einsicht.[7])

Der der Untersuchungsmarime untergelegte Grundsatz, beweist also zuviel; und es ergiebt sich eine hand-

---

[7]) Es ist vielleicht ein Gebrechen der neueren Gesetzgebungen, daß sie dieser großen Gerichtsbarkeit des Friedens so wenig vertrauen, vielmehr die Tendenz haben, alle Rechtsverhältnisse, auf welche die Staatsgewalt nahe oder entfernt einwirkt, bei der leisesten Veranlassung in den herzlosen Streit des äußern Gerichts zu treiben, und dadurch, so wie durch die der Proceßführung überall dargebotenen Erleichterungen, die Saat der inneren Zwietracht in weiten Kreisen auszusäen. Man hat geglaubt, die Advokaten des gemeinen Processes seyen an der Vermehrung der Processe schuld; man hat gesehen, daß sie sich mit Einführung der A. G. O. in einem ungeheueren jährlich steigenden Verhältniß vermehrt haben. In der That verhindert der recht- und ehrliebende Advokat manche Processe, im Interesse seiner Ehre und seiner Parthei.

Digitized by Google

greifliche Inconsequenz, wenn man anerkennen muß, daß es jedem frei stehe, zu klagen, sich zu vertheidigen, oder auf Alles dieses und auf eine Reihe dadurch bedingter Rechte ausdrücklich oder stillschweigend zu verzichten; — im Processe aber, durch das richterliche Officium die freie Bestimmung der Partheien, über oft wenig erhebliche Proceßhandlungen, vertreten zu müssen glaubt. Wenn man behauptet, Erhaltung der Rechte sey der Zweck des Staats, und dennoch, selbst bei dem laxesten Contumacial-Verfahren sich nicht entbrechen kann zuletzt denjenigen, dem nichts als Versäumniß zur Last fällt, seiner Rechte, zu Gunsten des schlaueren und wachsameren Gegners, von Staatswegen für verlustig zu erklären. Dieser innere Widerspruch, die schiefe Stellung des Richters zu den Partheien, die ihn in die Alternative setzt, entweder ihr Rathgeber zu werden, oder sich der Leitung des Processes zu begeben; der nachtheilige lähmende Einfluß dieser Stellung auf die selbstthätige Mitwirkung der Partheien und Mandatarien; die gänzliche Veränderung des Verhältnisses der letzteren zum Proceß und ihren Mandanten; endlich diese rein mechanische, dem Bedürfniß der Sache und dem Leben nicht entsprechende, durch die Untersuchungsmaxime hervorgerufene Theilung der Gewalten, in die instruirende, decretirende und referirende, dringen jedem denkenden practischen Juristen die Ueberzeugung auf, daß die Generalisirung des Prinzips der Verordnung vom 1. Juni 1833 dringendes Bedürfniß geworden seyn.

Ueberdies ist es auch eine sich täglich wiederholende Erfahrung, daß die unmittelbare Einwirkung des Staats auf die Privatinteressen der Unterthanen auf die Dauer keinen Segen bringt. Je mehr sie auf der Bahn der Civilisation fortschreiten, desto sicherer darf man ihnen die Wahrnehmung ihrer Rechte überlassen, und desto nachtheiliger wirkt jede beschränkende Einmischung.

Man würde indessen sehr irren, wenn man aus diesen Bemerkungen folgern wollte, als könne die, aus einer falschen Auffassung des gemeinen Processes nicht

selten hergeleitete, stets nur durch Anträge der Partheien zu erschütternde Regungslosigkeit des Richters, jemals Princip der Preußischen Proceßgesetzgebung werden.

Die Bestimmungen der A. G. O. bleiben, insoweit sie den Vorschriften der Verordnung vom 1. Juni 1833 nicht widerstreben, in Kraft; und sie begründen in dieser Beschränkung, ein Verhältniß des Richteramts, welches seiner Würde, seinem Berufe, nnd den gerechtesten Anforderungen der Rechtssuchenden völlig entspricht. Wir erlauben uns in dieser Beziehung nur folgende Bemerkungen:

a) Jeder hat das Recht Klageansprüche zu formiren, und dieselben auf die seiner freien Wahl anheim gegebenen Thatsachen zu stützen; allein dem Richter liegt ob, von Amtswegen zu prüfen, ob die gesetzlichen Bedingungen des erhobenen Anspruchs, hinsichtlich der Legitimation zur Sache, zum Proceß, der Klagbegründung oder der Competenz, vorhanden sind; und wo diese Bedingungen fehlen, die Klage zurückgewiesen, oder ihre Zulassung durch Ergänzung der zu bezeichnenden Mängel zu bedingen.

b) Ebenso bleibt dem Verklagten, die Gestaltung der Litiscontestation, und die Wahl der Einreden freigestellt, und es liegt abermals dem Richter ob, aus den vom Verklagten angebrachten Thatsachen die exceptiones juris zu supliren;

(§ 14. der Verordn. und §. 11. Tit. 9. der Pr. O.)

denn wenn man den Partheien die Disposition über die von ihnen vorzubringenden Thatsachen zusteht, so gehört dagegen die Beantwortung der Frage: Welche rechtliche Folgerungen aus den von ihnen vorgebrachten Thatsachen fließen? in das Gebiet der richterlichen Reflexion in welchem er mit völliger Unabhängigkeit thätig ist.

c) Die Beweisführung anlangend, so ist der Richter auf diejenigen Beweismittel beschränkt, welche die Partheien innerhalb der Beweisfrist, d. h. bis zur Erlassung des Beweisresoluts (§. 30—33 Minist. Rescr. vom 7. Oct. 1833) entweder anzeigen, oder hinsichtlich deren,

selbst bei nicht völlig bestimmter Beweisantretung, die Wahl der Partheien unzweifelhaft vorliegt.[8])

Beweise von denen die Partheien keinen Gebrauch gemacht, darf auch er, aus den schon oben angeführten Gründen, in der Sphäre der Verordnung vom 1. Juni 1833, nicht selbstständig und unmittelbar aufnehmen. Haben aber die Partheien die Wahl der Beweismittel getroffen, dann gehört die Einwirkung, sowohl auf den äußern Betrieb, und die Beseitigung aller dessen Förderung störenden Hindernisse, Zögerungen und Irrthümer, als auch die vollständigste materielle Entwickelung des Beweises, dessen er nach der Absicht der Partheien, dem Bedürfniß und der Lage der Sache, fähig ist, zu seiner selbstthätigen unabhängigen Wirksamkeit.

Fügen wir noch die officielle Sorgfalt für den Betrieb der Sachen; die stets wirksame Aufsicht, damit nicht die Rechte der Partheien durch Nachlässigkeit oder Pflichtvergessenheit der Richter und Anwälde gefährdet werden, hinzu, so dürfen wir nicht zweifeln, daß das der Verordnung vom 1. Juni 1833 zum Grunde liegende Princip, den Zwecken der Rechtspflege völlig genügt, und für deren Erfüllung Bürgschaften darbietet, welche uns die A. G. O. zwar verheißt, aber nicht zu realisiren vermag.

4) Der §. 30. der Verordnung vom 1. Juni 1833 verpflichtet den Richter, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, durch eine Resolution, sowohl die zu beweisenden Thatsachen, als die Beweismittel festzusetzen. Da die Beweisführung dem Richter juristische Gewißheit von dem Seyn oder Nichtseyn des streitigen Rechts gewähren muß, so folgt von selbst, daß sie nur über erhebliche Thatsachen, durch zulässige Beweismittel stattfinden soll.

---

[8]) Das Vorbringen von Beweisen bei der mündlichen Verhandlung vor verfügter Beweisaufnahme, findet selbstredend hinsichtlich derjenigen Thatsachen nicht mehr statt, welche gegen eine Parthei, wegen Ungehorsams im Klagbeantwortungs-Termine, (§. 14.) bereits für zugestanden zu erachten sind.

Es leuchtet also von selbst ein, daß in denjenigen Processen welche ohne Beweisaufnahme nicht entschieden werden können, die dem Beweisresolut vorhergehende mündliche Verhandlung sich über die Erheblichkeit der zu beweisenden Thatsachen, die Zulässigkeit der Beweismittel, und die Beweiseinreden zu verbreiten hat, und daß der Richter mit sorgfältiger Prüfung die factischen und rechtlichen Bedingungen der Definitiv-Sentenz erwägen muß [9]) ehe er das Beweisresolut erläßt. Sehr oft wird der Fall eintreten, daß die Aufnahme sämmtlicher durch die Partheien vorgeschlagener Beweismittel, durch einen Präjudicialpunkt, durch Ableistung eines Eides u. s. w. bedingt wird; die Beweisresolution, wird also zuvörderst auf diese präjudiciellen Momente zu richten, jedesmal aber zugleich in derselben, der leitende Gesichtspunkt auszudrücken seyn. Z. B. „Die Bestimmung über die Aufnahme der fernern von den Partheien vorgeschlagenen Beweise, bleibt bis zur Erledigung des Resoluts vorbehalten."

Dadurch wird bei der künftigen mündlichen Verhandlung nicht nur der, bei Erlassung des Beweisresoluts genommene Gesichtspunkt fixirt, [10]) sondern auch den Partheien die Beruhigung gewährt, daß das Resolut aus einer, allen Streitpunkten gewidmeten Erwägung hervorgegangen.

Bei dieser Prüfung wird sich dem Richter sehr oft die, in der Ger. O. nirgends selbstständig behandelte, im gemeinen Proceß so vielfach ausgesponnene Frage: über die Beweislast zur Entscheidung darstellen. Diese Frage wird um so häufiger wiederkehren, je mehr sich die Ver-

[9]) §. 42. u. folg. Tit. 10. der Proceß-Ordnung.

[10]) Bei erheblichen Zweifeln über die Fassung des Beweisresoluts in Beziehung auf das Beweisthema, oder die Zulässigkeit der Beweismittel, ist es durchaus erforderlich, die Gründe, welche die beschlossene Fassung des Beweisresoluts motivirt haben, zu den Acten zu vermerken. Denn diese werden, nach geschehener Beweisaufnahme, in der Regel auch dem Definitiv-Urtheil zur Grundlage, daher der ihm vorhergehenden mündlichen Verhandlung nicht minder als der darauf folgenden Berathungen der Deputation zur Richtschnur dienen müssen.

ordnung vom 1. Juni 1833 der Verhandlungsmaxime nähert, während sie die A. G. O., aus Gründen die sich aus vorstehender Betrachtung von selbst ergeben, unbeachtet lassen zu können wähnte. In der That läßt sich auch die Feststellung der erheblichen Beweisfacta, von der Frage über die Beweislast oft gar nicht trennen; eben weil die Erheblichkeit der Beweisaufnahme nicht selten durch die Beantwortung der Frage bedingt wird, wem der Beweis obliege? So wird die nur eventuell vorgeschützte Einrede der Rückzahlung oder Compensation eines vom Verklagten abgeleugneten Darlehns, nur erheblich, wenn der Kläger zuvor den Beweis des Darlehns erbracht hat Daher hegen wir, rücksichtlich der wissenschaftlichen Ausbildung unserer Praxis kaum einen größeren Wunsch, als den, daß die Richter, dieser Frage, überall eine recht sorgfältige Beachtung widmen möchten; um so mehr, als uns die Erfahrung überzeugt hat, daß ein Ignoriren derselben, das Recht gefährdet. Fälle in denen der den Klaggrund ableugnende Beklagte, dem Kläger, oder dieser dem, eine peremtorische Einrede vorschützenden Verklagten über die Richtigkeit seiner factischen Angaben den Eid zuschiebt, welcher sofort normirt und abgeleistet, den Proceß zum Nachtheil dessen entscheidet, der bei richtiger Prüfung der Beweislast, obsiegen mußte, gehören nicht unter die seltenen, bei den, nach der A. G. O. verhandelten Processen.

Es wird eine Aufgabe des, für den ordentlichen Proceß zu erlassenden Gesetzes seyn, die Frage über die Beweislast genauer zu bestimmen; bis daß dieses geschehen, ergibt sich, nach der durch die Verordn. vom 1. Juni 1833 für die amtliche Thätigkeit des Richters gezogenen Grenze, aus den im §. 16. der Einl. und dem §. 24. 27. u. 28. Tit. 13. der Pr. O. enthaltenen Bestimmungen für die Beweislast folgender Grundsatz: "Jede Parthei muß die erhebliche vom andern Theil geleugnete, durch rechtliche Präsumtionen nicht unterstützte Thatsache, auf welche sie einen Klagepunkt oder einen Einwand (Einrede) gründet, erweisen, und wird, wenn sie solchen Beweis nicht zu erbringen vermag, mit ihrer Klage oder Einrede abgewiesen." (Wird fortgesetzt.)

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Zweiter Jahrgang.

Drittes Heft.

Arnsberg, 1835

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Inhalt des dritten Heftes
zweiten Jahrgangs.

Seite

XXIV. Ueber die Vertheilung des pignus praetorium des §. 23. der I. Verordnung vom 4. März 1834 in dem Falle, wenn schon ältere Hypotheken auf mehrere Grundstücke solidarisch eingetragen sind. Von Sommer 393

XXV. Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechtes, herausgegeben von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe, und H. L. v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Zweiter Band, zweites Heft. Berlin in der Nicolaischen Buchhandlung. 1834. gr. 8. S. 229—459. Preis 1 1/6 Thlr. Recension von Sommer . . 401

XXVI. Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister, herausgeg. von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- u. Revisions-Rathe und H. L. von Strampff, Kammer-Gerichts-Rathe. Berlin, bei Ferdinand Dümmler, 1834. gr. 8. S. XVIII. 424. Preis 2 Thlr. 10 Sgr. (Schluß der im vorigen Hefte abgebrochenen Recension.) Von Sommer 416

XXVII. Die von den Vormündern Namens ihrer Pflegbefohlenen abgegebenen Willenserklärungen und geschlossenen Verträge sind auch ohne obervormundschaftliche Bestätigung gültig, wenn die Gesetze diese nicht ausdrücklich zur Gültigkeit des Geschäfts vorschreiben. Abhandlung nebst Rechtsfall von Hrn. Ober-Landes-Gerichts-Assessor Piners in Arnsberg 437

XXVIII. Nachtrag zu der Abhandlnng im 1. Hefte Nr. VII., über Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge. Mit 4 Beilagen. Von Sommer 445

XXIX. Die Bestimmung bei der Verleihung von Leib- oder Zeitgewinn-Gütern, daß nach abgelaufener Pachtzeit der Pachter oder dessen Erben zur Pachtung oder zum Gewinn die nächsten seyn sollen, involvirt Erbrecht. Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt und eingeleitet von Sommer 463

Digitized by Google

Seite

XXX. Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Preußischem Recht. Von Herrn Ober-Landes-Gerichts-Assessor Korte in Tecklenburg . . . 476

XXXI. Kann der Nachbar schon dann den Bau eines neuen Gebäudes untersagen, wenn er nicht durch das ganze ungeöffnete Fenster den Himmel erblicken kann? Rechtsfall, mitgetheilt von Boele. Nebst Nachwort 517

XXXII. Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuterung der Kurkölnischen Rechts-Ordnung. Von Herrn Land- und Stadtgerichts-Direktor Evelt in Dorsten 535

XXXIII. I. Die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westphalen nebst ihrer rechtlichen Entwickelung und Begründung aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Erster Band. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1832. S. 402. Zweiter Band. 1832. S. 460. Dritter Band. 1832. S. 334. Preis der 3 Bände $4\frac{1}{2}$ Thlr.

II. Die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenberg in Westphalen, nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung, aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Erster Band. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1834. gr. 8. S. 422. Zweiter Band. 1834. S. 493. Preis der 2 Bde. $3\frac{1}{2}$ Thlr. Recension von Sommer 545

XXXIV. Das positive Privatrecht in Fragen, Antworten und Tabellen I. nach dem Römischen Rechte; II. nach dem Gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, und III. nach dem Allgemeinen Landrechte für die Königl. Preuß. Staaten; als Leitfaden für die Rechtskandidaten Behufs ihrer Vorbereitung zur Prüfung von Anton August Bernhard, Königl. Preuß. Patrimonialrichter in Oberschlesien. — Erstes Heft. Breslau, in Commission bei Aug. Schulz und Comp. 1835. gr. 8. XII. 168. Recension von Sommer 549

Uebersicht der neuesten Literatur vom 1. October bis 1. December 1835.

Digitized by

XXIV.

Ueber die Vertheilung des pignus praetorium des §. 23. der Isten Verordnung vom 4. März 1834 in dem Falle, wenn schon ältere Hypotheken auf mehrere Grundstücke solidarisch eingetragen sind.

Von

Sommer.

Als die Gesetzgebung durch die Ste Verordnung vom 4. März 1834 §. 22. das pignus praetorium ex judicato herstellte, war natürlich die Erwägung vorausgegangen, ob es nicht bedenklich, dem Gläubiger so geradezu die Wahl zu überlassen, auf welche Immobilien er eingetragen seyn wolle. Die Rücksicht lag hier nahe, dem Gläubiger nur zu erlauben, bis auf Höhe der gesetzlichen Sicherheit [1]) mehrere Immobilien zu wählen, also auf kein drittes eintragen zu lassen, wenn durch die zwei ersten jene Sicherheit schon erreicht ist. Allein

[1]) Allg. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 188.

da der zum Hypothekenbuch stehende Werth oft mehr als $^2/_3$ und resp. $^1/_2$ über der neuesten Wirklichkeit steht, da beim Recognitions-System ein solcher Werth noch gar nicht vorliegt, und die jedenfalls bei einer solchen Berechnung eintretenden Schwierigkeiten mit dem Zwecke einer raschen Rechtshülfe, wie er dem Gesetze vom 4. März 1834 vorschwebte, nicht zu vereinigen waren, so erklärt es sich sehr wohl, daß man dem Gläubiger ohne weiteres die Wahl überlassen. Legt der Gläubiger zur Chicane unverhältniß kleinen Partikelchen der Schuld auf einzelne Immobilien, so ist es ja auch dem Schuldner ein Leichtes, durch Ablegung dieser neuen Pfandschuld das betreffende Immobile zu befreien. — Und darum auch wohl hat der Gesetzgeber im §. 23. verordnet: „Besitzt der Schuldner mehrere Immobilien, und der Gläubiger will sich nicht mit der Eintragung auf eines derselben begnügen, so darf letzterer nur einen von ihm zu bestimmenden Theil der Forderung auf jedes Immobile eintragen lassen." Es kann nun der Fall nicht eintreten, daß der Schuldner durch eine solidarische Verhaftung seiner sämmtlichen Immobilien für die Eine Schuld gelähmt und kreditlos werde. Es fallen für die später vom Schuldner auf einzelne Grundstücke bestellten Hypotheken die Schwierigkeiten weg, welche sonst aus dem Vorgehen solcher solidarischer Hypotheken entstehen. Uebt nämlich der vorhergehende Gläubiger sein solidarisches Hypothekenrecht auf das einzelne Grundstück aus und wird befriedigt, so fällt der hierauf später eingetragene Gläubiger aus, wenn gleich der erste Gläubiger durch den gleichzeitigen Angriff auf die mehreren ihm verpfän-

deten Immobilien den auf ein oder anderes eingetragenen späteren Gläubigern noch eine Befriedigung hätte verschaffen können. Er bedient sich nur seines Rechts,[2]) wenn er es nicht thut. Für den Fall des Concurses hat der Gesetzgeber zwar aus Billigkeit die Societätsregel bei Vertheilung der Kaufschillinge mehrerer solidarisch verpfändeter Grundstücke in Anwendung gebracht,[3]) ja sogar mit rückwirkender Kraft, wenn das eine Grundstück erst später zum Verkaufe kommt, jedoch ohne Nachtheil des voreingetragenen Gläubigers, der aus den erst eingehenden Kaufgeldern seine ganze Befriedigung erhält.[4]) Außer dem Fall des Concurses gilt diese Bestimmung aber nicht, da der §. 508. Allg. L. R. I., 20 nur die Vertheilung der vorräthigen Bestände betrifft. — Die Lage eines solchen einem Solidarhypotheken-Gläubiger nachgesetzten Gläubigers ist jetzt noch sehr erschwert, da nach §. 21. der IIten Verordnung vom 4. März 1834, wenn einmal eine Subhastation eingeleitet ist, keine Möglichkeit mehr ist, eine Vertheilung der daraus entstehenden Kaufgelder nach den Vorschriften der Concurs-Ordnung, wenn auch inzwischen der Concurs eröffnet wird, zu bewirken. Inwiefern der Gesetzgeber in einem solchen Falle den §. 522. Allg. G. O. I., 50. analogisch werde anwenden lassen, läßt sich noch nicht vorhersehen, wohl aber, daß die Trennung der Immobiliar-Masse von der Concurs-Masse noch schärfer werde ausgesprochen

---

[2]) Allg. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 467. 468.

[3]) Allg. G. O. Th. I. Tit. 50. §. 521.

[4]) Das. §. 522.

Digitized by Google

werden. Die natürliche Folge wird seyn, daß ein vorsichtiger Gläubiger jetzt noch weniger als früher sich einer solchen Solidarhypothek wird nachsetzen lassen, wenn sie allein nicht schon weit mehr Sicherheit, als für die ganze auf mehrere Immobilien eingetragene Schuld nothwendig, darbietet. Es liegt sonach auch im Interesse der Schuldner, solche Solidarhypotheken zu vermeiden, um sich nicht dadurch kreditlos zu machen. Obgleich nun kaum zu erwarten, daß der Gesetzgeber dergleichen Solidarhypotheken verbieten werde — denn er soll nicht ohne Noth in die Verfügungsgewalt der Eigenthümer eingreifen — so werden doch allmählich durch den natürlichen Gang der Dinge solche Solidarhypotheken verschwinden. Und diesen Zustand hat der Gesetzgeber in §. 23. schon gewissermaaßen vorausgesetzt, und wenigstens seiner Entwickelung vorarbeiten wollen.

Es erhebt sich nun aber eine sehr große Schwierigkeit in dem Falle, wenn die Immobilien, auf welche der Judikat-Gläubiger nach §. 23. seine Forderung vertheilen muß, schon einem oder mehreren Gläubigern solidarisch verpfändet sind. Dieser Fall tritt **toto die** ein, ist sogar der gewöhnliche in Ländern, wo früher Generalhypotheken galten, die nun auf alle vorhandene Immobilien solidarisch eingetragen werden mußten, oder wo ein ganzes früher verpfändetes Gut nun in einem auf ein Parzellar Kataster gegründeten Hypotheken-System — wie das Arnsberger Ober-Landesgerichts-Departement am **31. März 1834** eines erhalten hat, und die übrige Provinz Westphalen erhalten wird — nach einzelnen Parzellen, so aber jede solidarisch für die ganze Forderung

Digitized by Google

nach §. 468. Allg. L. R. I. 20. haften, zum Hypothekenbuche steht. Der Judicat-Gläubiger muß auf jedes solches einzelnes Grundstück — wenn er es nicht ganz will fahren lassen — seine Hypothek vertheilen, und muß es lediglich dem voreingetragenen Solidar-Pfandgläubiger überlassen, ob er mit der Subhastation einzelner bis auf Höhe seiner Forderung zufrieden seyn wolle, was denn die unausbleibliche Folge hat, daß die auf diese einzelnen Stücke vertheilte Judikatforderung verloren ist, ohne daß darum die auf die übrigen Grundstücke, deren der Solidar-Hypothekargläubiger nun nicht bedarf, eingetragene Hypothek sich nach Verhältniß der, wie oben bemerkt, verlornen Theile der Judikatforderung ausdehnte. Die persönliche Haftbarkeit des Schuldners rücksichtlich dieser von der Solidar-Hypothek freigewordenen Grundstücke ist auch kein Trost, da ja hierauf schon Anderen Hypotheken erworben seyn können, wenn gleich spätere, doch der auf einen bestimmten Theil der Judikatforderung beschränkten nach Deckung dieses Theils vorgehend. Eben darum kann es nun auch dem Gläubiger nichts helfen, wenn er etwa auf einige der solidarisch verpfändeten Grundstücke keinen Theil seiner Forderung eintragen lassen wollte, in Hoffnung, daß der vorstehende Solidar-Gläubiger sich aus diesem allein befriedigen werde. Thut dies nämlich der Gläubiger nicht — und selbst der böswillige Schuldner hat dies ja in der Hand, da er die Solidar-Hypothek nur abzulegen und einem anderen, der mit ihm einverstanden, zu cediren braucht — so werden zwar jene Grundstücke ganz frei, der Judikat-Gläubiger hat aber auch nichts von seiner Forderung

darauf eingetragen, und der Schuldner wird schon durch neue Hypotheken auf denselben für die Vereitelung seiner Befriedigung gesorgt haben.

Der Judikat-Gläubiger hat hier also nur Ein Mittel, sich vor Schaden zu bewahren, nämlich, schnell die Eröffnung des Concurses zu bewirken, um die Wohlthat des §. 521. Allg. G. O. I., 50. sich zu sicheren. Wie schwierig dies aber oft sey, bedarf keiner Ausführung, so wie daß bei einer Rückkehr zu den römischen Concurs-Grundsätzen, wie wir ihr entgegensehen, jenes Mittel gar nichts mehr helfe. — Aber auch davon abgesehen, ist jenes Mittel ein trauriges, da es den Gläubiger zwingt, hart zu seyn, den wirklich noch abzuwendenden Ruin seines Schuldners zu beschleunigen.

Es scheint also erforderlich, daß die Gesetzgebung jene Schwierigkeit auf andere Weise beseitige. Dies würde am einfachsten dadurch geschehen, daß die solidarisch verpfändeten Immobilien als eine vom Schuldner erklärte rechtliche Einheit, als Ein Immobile angesehen werden dürften. Der Judikat-Gläubiger würde dann auf dieses Eine Gesammt-Immobile so viel von seiner Forderung, als davon nach Abzug der voreingetragenen Solidar-Hypothek noch gesichert, vertheilen können, und, wenn nun der vorgehende Gläubiger, was ihm frei steht, nur ein oder anderes Grundstück zu seiner vollen Befriedigung subhastiren läßt, die übrigen Grundstücke ganz verhaftet haben. — Bei verpfändeten Gütern, die als solche zum Hypothekenbuche stehen, scheint sich der Gesetzgeber die Sache auch nicht einmal anders

Digitized by Google

gedacht zu haben, da ein solches Gut Ein rechtliches Immobile ist. Schwieriger wird die Sache aber bei walzenden Grundstücken, beim Hypothekenbuch in Grundlage eines Parzellar-Katasters. Bei letzterem werden zwar auch durch die Erklärung des Eigenthümers neue Complexe geschaffen, [5]) aber über die rechtliche Wirkung dieser Complexe auf die hier vorliegende Frage ist nichts bestimmt, und die Gerichte verlangen die Vertheilung der Judikatforderung auf jedes einzelne im Kataster besonders verzeichnete Grundstück. Die Gesetzgebung kann hier also nur helfen.

Es fragt sich — um mit etwas minder Wichtigem zu schließen — auch noch, ob der Judikat-Gläubiger dem §. 23. genug thue, wenn er den auf jedes Immobile einzutragenden Theil (pars quota) z. B. $^1/_{15}$ der Forderung angibt, oder ob er, wie die Gerichte verlangen, den Theil in einer bestimmten Summe (pars quanta) anzugeben habe. Im letzteren Falle wird zwar die Calculatur der Gerichte geschont, und es kommen bestimmte Zahlen ins Hypothekenbuch, allein bei der künftigen Vertheilung der Kaufschillinge mehrerer zusammen subhastirten Grundstücke des fraglichen Complexus würde man es wünschenswerther finden, die Forderung nach Prozenten vertheilt im Hypothekenbuche

---

[5]) Verordn. vom 31. März 1834 §. 6.

zu sehen, da die Vertheilung der Forderung nach bestimmten Summen in der Regel keine genaue partes quotas gibt, wenn man nicht einige Logarythmen anhängen will. — Der Gegenstand ist, wie gesagt, minder wichtig, aber doch Einheit zu wünschen.

Digitized by Google

XXV.

Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechtes, herausgegeben von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe, und H. L. v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Zweiter Band, zweites Heft. Berlin in der Nicolaischen Buchhandlung. 1834. gr. 8. S. 229—459. Preis 1 ¼ Thlr.

Recension

von

Sommer.

Auch dieses Heft ist wichtig für die Wissenschaft.

Nr. XIII. S. 229. Ueber die Erwerbung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung nach dem allgemeinen Landrecht. Vom Justiz-Commissar Silberschlag in Magdeburg.

Nr. XIV. S. 242. Ueber die Acquisitiv-Verjährung der Grundgerechtigkeiten. Von G. J. R. von und zur Mühlen.

Beide Abhandlungen befassen sich mit dem berühmten §. 14. A. L. R. I. 22. Silberschlag stellt die Behauptung auf, dieser §. 14. spreche für die Servituten-Verjährung eine im §. 108. A. L. R. I. 7. angedeutete

Ausnahme gegen die §. 107. anerkannte Nicht-Vermuthung des Prekariums aus. Die Veranlassung dieser Ausnahme findet er aber im deutschen Rechte und den in Deutschland herrschenden Rechts-Verhältnissen des Grundbesitzes, vorzüglich in den gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen, in dem Rechts-Institute der Hörigkeit; er findet in der Hörigkeit viel Aehnliches mit einem Familienbande, und darum sollen zwischen Gutsherrn und Gutsunterthanen bittweise allerhand Vergünstigungen zugestanden worden seyn. Das Irrige dieser historischen Deduction kann keiner Ausführung bedürfen. Die Servituten zwischen Gutsherr und Unterthan sind der geringere Theil der Servituten, und auch hierbei eine Vergünstigung als Regel nicht mehr, als in anderen Verhältnissen, anzunehmen. Aus den Materialien ergiebt sich auch, daß es Niemand eingefallen, hier an solche Hörigkeits-Verhältnisse zu denken. — Silberschlag führt auch allerhand Umstände an, woraus die supponirte Vermuthung für das Prekarium beseitigt oder bestätigt werde. An die Spitze stellt er hier das Hörigkeits-Verhältniß. Wenn er das Prekarium verneint, sofern der Berechtigte irgend etwas dagegen geleistet hat, für das Prekarium aber vermuthen will, wenn gar keine Gegenleistung des Berechtigten nachzuweisen, so kann in der Wirklichkeit die Wahrscheinlichkeit sich oft doch grade umgekehrt stellen, die Duldung gegen Entgelt kann auf ein wiederrufliches Verhältniß, und der Mangel aller Gegenleistung grade auf einen wirklichen Rechtsbesitz deuten.

In der folgenden Abhandlung wird der Gegenstand aus den Materialien entwickelt. Man hatte anfänglich

die Absicht, die bestehenden Grundgerechtigkeiten durch die Eintragung in das Hypothekenbuch zu konstatiren, und die Erwerbung neuer durch Verjährung zu verbieten. Beim endlichen Vortrag sind diese Ansichten nicht ganz durchgegangen, statt der durchstrichenen §§. 13—23. der Suarezschen Umarbeitung findet man die §§. 13—24. des A. L. R. Th. I. Tit. 22. angenommen, ohne daß man etwas Näheres über die Beschlußnahme und deren Motive ermitteln könnte. Es bleiben also nur Conjecturen übrig, von u. zur Mühlen bemerkt, Suarez habe den Hauptgrund, weßwegen er keine erwerbende Verjährung der Servituten zugeben wollen, darin gesetzt, daß aus bloßer Vergünstigung kein Recht entstehen könne; dieser Entscheidungsgrund habe aber wegfallen müssen, sobald man angenommen, daß demjenigen, welcher sich auf die erwerbende Verjährung beziehe, der Nachweis obliege, die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung ausgeübt zu haben. Man habe also den Ausweg ergriffen, die Verjährung zwar nicht auszuschließen, aber einen strengen Beweis zu fordern; dadurch werde aber, insofern etwas mehr als der zur possessio nothwendige animus possidendi erfordert werden sollen, auf ein Moment hingewiesen, was über den Besitz hinaus liege. Und dies Mehrere könne nichts anderes seyn als der Titel, somit gebe sich von selbst die Auslegung, welche das Geheime Ober-Tribunal (Rechts-Sprüche Bd. I. S. 64. 65.) angenommen, daß der §. 14. nur dann anwendbar sey, wenn es zur Verjährung überhaupt eines Titels bedürfe, also nur bei

der praescriptio ordinaria, nicht bei der praescriptio longissimi temporis, weil sonst jedesmal ein Titel erfordert werde, was das Gesetz doch nicht verlange.

Wir erlauben uns, die Richtigkeit dieser Ansichten zu bezweifeln. Was die v. u. z. Mühlensche betrifft, so wäre ja grade nach dieser Ansicht im §. 14. gar nichts Absonderliches bestimmt. Es ergiebt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung von Sachen und Rechten, daß es bei der gewöhnlichen Verjährung des Nachweises eines Titels (l. 9. §. 579.), bei der dreißigjährigen aber nicht (§. 625.) bedürfe, und es bliebe hiemit also nach der fraglichen Auslegung lediglich beim Alten. Dieser §. handelt gar nicht vom Titel, und die Furcht des Geheimen Ober-Tribunals, daß bei der Ausdehnung dieses §s auf die 30jährige Verjährung eine Gerechtigkeit durch Verjährung niemals würde erworben werden können, (Rechts-Sprüche l. 65.) hat sonach keine Realität. Es ist dort vielmehr blos der Grundsatz in die Erinnerung zurückgerufen, daß eine Verjährung nur aus fortgesetzten Ausübungen eines vermeintlich zustehenden Rechts, nicht aber aus bloßen Vergünstigungen folgen könne. Dies beweisen auch die Allegate des §s, die sich alle nur auf die allgemeinen Grundsätze über den Verjährungsbesitz beziehen. Eben darum, weil die Materialien uns hier an der entscheidenden Stelle plötzlich ganz verlassen, müssen wir annehmen, daß man gar nichts Besonderes im §. 14. bestimmen wollen, sondern durch die §§. 16—24. die Nachtheile, die man in der bisherigen Servituten-Verjährung fand, genügend beseitigt geglaubt habe. Die Allegirung der §§. aus

Tit. 7. und 9. beweist vollkommen, daß man nur auf allgemeine Grundsätze aufmerksam machen wollen, was nach der Redaktions-Weise unseres Landrechts unmöglich auffallen kann. — Die Silberschlagsche Ansicht, die sonst noch eher haltbar wäre, widerlegt sich hiedurch auch. Die Ausübung der Befugniß als eines Rechtes und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung soll nachgewiesen seyn, es ist aber nicht gesagt, von wem dieser Nachweis zu führen sey, wie auch in der Entscheidung des Ober-Appellations-Senats des Kammer-Gerichts (Rechts-Sprüche Bd. 11. S. 348.) bemerkt. Da damals schon die Instruktions-Maxime des Corpus juris Fridericiani bestand, so gab es nach der Ansicht des Gesetzgebers keinen eigentlich Beweis-Verpflichteten, es wurden nur die Umstände konstatirt, wonach der Richter aussprach, ob etwas nachgewiesen. Deßwegen sind auch grade die §§. 107. 108. l. 7. allegirt, von denen der eine die Vermuthung gegen das Prekarium stellt, und der andere besondere Vermuthungen für das Prekarium aus persönlichen Verhältnissen oder anderen Umständen des vorliegenden Falles zuläßt. — Es ist hier also nichts an den allgemeinen Grundsätzen verändert, und es versteht sich von selbst, daß selbst im Zweifel die Vermuthung für diese allgemeinen Grundsätze streiten müßte.

Herr v. u. z. Mühlen erklärt sich übrigens in legislativer Hinsicht gegen die Beschränkung der Servituten-Verjährung. Die Hrn. Herausgeber, welche diese Ansicht nicht ganz theilen, geben doch zu, daß im Uebergange von einem Rechtszustande zum andern die größten Schwierigkeiten liegen. Wir sind des unvorgreiflichen

Dafürhaltens, daß man es bei der Verjährung bewenden lasse, vorausgesetzt, daß auch unsere künftigen Richter — selbst ohne einen §. 14. — Servitutenbesitz von Vergönnungen zu unterscheiden wissen. Fast alle Rechtszustände ruhen auf der vermutheten Rechtmäßigkeit des Bestehenden, die Verjährung ersetzt meist die verlornen oder wegen Diffession in Folge der langen Zeiträume nicht mehr zu erweisenden Titel. Es gibt keinen nöthigenden Grund, diesen tief in allen Völkern liegenden Rechtssinn bei Servituten zu verletzen.

Viele Juristen haben auch wohl noch gar nicht daran gedacht, daß nach dem Wortsinn des §. 2. und 27. der Gemeinheits-Theilungsordnung vom 7. Juni 1821 die Gemeinheiten d. h. Weiderechtigungen auf Aeckern, Wiesen, Angern, Forsten und sonstigen Weideplätzen, die Forstberechtigungen zur Mast, zum Mitgenusse des Holzes und zum Streueholen, die Berechtigungen zum Plaggen-, Heide- und Bültenhieb, diese Berechtigungen mögen nun auf Eigenthum oder Servitutrechten beruhen, dem Verjährungs-Erwerbe entzogen sind, daß daher nur nach der bis zur Gesetzeskraft jener Ordnung vollendete Verjährungsbesitz gelten könne. Wenn in andern Fällen z. B. §§. 35. 36. 43. 133. noch von Verjährung die Rede ist, so könnte dies immerhin mit dieser Beschränkung der Fall seyn. Obschon wir nun zwar auch mit v. u. z. Mühlen glauben, daß die Absicht des Gesetzes nur gewesen, blos bei zur Ausführung gekommenen Theilungen, wo der Theilungsrezeß für die Zukunft ein jus certum konstituirt, die Verjährung zu verbieten, so wird bei der Unbestimmtheit des Wortsinnes dennoch eine Controverse

hier nicht ausbleiben. Die Sache scheint immerhin noch zweifelhafter zu seyn, als die Auslegung des §. 14. l. 22.

S. 232—235. ist aus dem XIII^ten Pensum der Gesetzrevision eine anziehende Erörterung über die Beseitigung der Widersprüche zwischen den §§. 591. 628. A. L. R. Th. I. Tit. 9. gegeben. Es kommt da besonders auch zur Sprache, ob eine der Form nach nicht zu Recht bestehender Vertrag, wenn nicht als Titel für die zehnjährige Ersitzung — wie das Ober-Landes-Gericht zu Ratibor irrig angenommen — zu betrachten, doch wenigstens die 30jährige Verjährung darauf zuzulassen. Es ergibt sich hier neuerdings, wie verworren die Verjährungs-Lehre im allgemeinen Landrechte abgehandelt ist. Die Widersprüche sind hier kaum zu heben. Will man den §. 628. auf einen den Rechtsbesitz verneinenden Titel — z. B. Pacht — beziehen, so enthält er die Absurdität, daß auf den Grund eines solchen Titels die 30jährige Verjährung statt finde, sofern, was freilich in der Regel der Fall seyn wird, sich daraus nicht die Unredlichkeit des Besitzes von selbst ergibt, und steht auch mit dem vorhergehenden §., der ausdrücklich die Besitznahme der Sache oder des Rechts „als sein eigen" erfordert, in Widerspruch. Soll der §. 628. aber einen Rechtsbesitz, somit einen hierauf gerichteten Titel, dem es nur an der Form gebricht — z. B. mündlicher Vertrag — bedeuten, so steht er im Widerspruch mit §. 591. und 579., oder man müßte annehmen, daß dasselbe Wort „ein zur Erlangung des Eigenthums nicht ungeschickter Titel" in den verschiedenen §§. verschiedene

Digitized by Google

Bedeutung hat. Will man den §. 628. von einem, von dem ursprünglichen Erwerber verschiedenen, dritten Besitzer verstehen, so folgt daraus, wie in den Motiven richtig bemerkt, daß derjenige, dessen Titel, wenn auch auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet, an einem Mangel in der Form leidet, niemals durch Verjährung erwerben kann, also schlimmer daran ist, als derjenige, der gar keinen Titel nachweisen kann und dennoch nach §. 625. in 30 Jahren verjährt. Und auch dann noch wäre die Sache nicht klar, da es keines Gesetzes darüber bedurfte, daß die Mängel eines früheren fremden Besitzes, den man sich nicht anrechnen kann, auch nicht schaden, hier also etwas anderes, zumal nach dem Schlusse des §. 628., gemeint seyn muß. Die Deputation findet nur den Ausweg, der bona fides, sobald zur Verjährung ein redlicher Besitz aus einem zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel erfordert wird, eine andere Bedeutung zu geben, als in dem Falle, wo ein vollständiger redlicher Besitz, aber kein Nachweis des Titels erfordert wird; im ersteren Falle müsse sich die Redlichkeit auf den Titel beziehen, im zweiten könne darunter nichts anderes verstanden werden, als diejenige redliche Meinung, welche bis zum Beweise des Gegentheils ohne besondere Begründung und Rechtfertigung vermuthet wird. Es sind hier schon Anklänge der neueren Ansicht über die bona fides und titulus des gemeinen Rechts. (siehe unter Nr. XIV.) Man wird sich übrigens hier bei der Zweifelhaftigkeit der Gesetze mit der praxis an die Reminiscenzen des

gemeinen Rechts halten müssen, bis das neue Verjährungsgesetz erschienen seyn wird.

Nr. XV. S. 262. Ueber die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder. Von Herrn Geheimen Ober-Revisions-Rathe Oswald in Berlin. Ist oben S. 78 ff. schon beurtheilt.

Nr. XVI. S. 287. Zur zehnjährigen Ersitzung einer Servitut ist nach Preußischen Rechten jeder zur Uebertragung des Eigenthums an sich geschickte Titel hinreichend. Von Göschel.

Der Verf. hat hier einen sehr praktischen Gegenstand erörtert. Wir setzen zuvörderst den Schluß her:

„Wenn also jemand ein Rittergut mit Diensten und Zinsen, es sey nach Urbarien und Heberollen, oder nach einfachen Specificationen, ingleichen mit sichtbaren oder unsichtbaren, schon eingerichteten oder noch einzurichtenden, Grundgerechtigkeiten rechtsbeständiger Weise erkauft hat, so steht ihm so gut als demjenigen, welcher dergleichen Dienste, Zinsen und Servituten von den Nichteigenthümern der damit belasteten Güter erworben hat, ein Titel zur Seite. Auf Grund desselben kann er diese Rechte durch die gewöhnliche Verjährung erwerben, wenn während der Verjährungs-Frist die Dienst- und Zinsleute die geforderten Leistungen wirklich leisten, und die Eigenthümer der zu belastenden Grundstücke die Servituten leiden.“

Man sieht, die Sache ist wichtig, und die Meinung ist neu. Wir erkennen hier die Rückwirkung der neueren Forschungen im römischen Rechte auf unsere Jurisprudenz.

Digitized by Google

Man kann es jetzt wohl fast als ausgemacht annehmen, daß nach römischem Rechte der Titel eine gesteigerte bona fides, nicht mehr auf die Bekanntschaft mit den Ansprüchen Anderer beschränkt, sondern ein auf Thatsachen ruhender gültiger Rechtsgrund (justus titulus), oder zum wenigsten eine auf wirklichen Thatsachen beruhende — nicht schuldvoll (z. B. in jure) irrende — Meinung (existimatio) von dem Daseyn eines solchen Rechtsgrundes sey, wodurch man sich für befugt halten kann, sich ein unanfechtbares Recht an der Sache beizulegen, während bei der längstjährigen Verjährung schon aus der Unbekanntschaft mit den Ansprüchen Anderer die bona fides folgt. (Unterholzner Verjährung 1828. Bd. 1. §. 95. S. 327. §. 102. S. 256. §. 103. S. 359. §. 104. S. 365.) Da jener titulus nun immer nur das Subject des Verjährenden berührt, so hält Göschel zu dieser Bestimmung — eine auf bündigen Thatsachen ruhende Ueberzeugung zu erkennen — einen translativen Titel so gut als einen constitutiven geeignet. Und da das allgemeine Landrecht, wenn es gleich nach der damaligen jetzt nicht mehr gangbaren Ansicht der praktischen Juristen einen Titel zur ordentlichen Ersitzung der Servituten erfordert, nur einen „Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist“ verlangt (I. 9. §. 579.), so nimmt der Verf. an, daß dieß der nirgend ausgeschlossene translative eben so gut, wie der konstitutive (a non domino praedii servientis) seyn könne. Allein schwerlich dürften diese Ansichten der Intention der Redactoren des allgemeinen Landrechts entsprechen. Man kannte damals

bei Servituten nur den constitutiven Titel vom non dominus des praedii servientis — siehe z. B. Struvii syntagma juris, cum addit. Pet. Möller Exerc. XIII. §. 39. p. 832. Edit. 3. — und einen anderen werden die Gesetz-Redactoren hier nicht unterstellt haben. Es liegen hier aber auch Unterschiede in der Sache. Das Eigenthum einer körperlichen Sache kann man immerhin durch das mit dem Vorgänger geschlossene Geschäft und darauf erfolgte Uebergabe erworben zu haben glauben, sobald kein anderer Eigenthümer bekannt war. Eine Servitut dagegen als Einschränkung des Eigenthums des praedii servientis kann Niemand vernünftiger Weise durch einen Vertrag mit dem Eigenthümer des praedii dominantis konstituirt glauben, sein Glaube, daß sie auf ihn transferirt werde, setzt aber voraus, daß sie schon als Recht bestehe. Sie entsteht erst durch die Bestellung oder Verjährung, während dadurch keine neue Sachen entstehen. Vorhandene Sachen können durch einen titulus translativus übergehen, und dieser titulus Grund zu ihrer Verjährung abgeben; nicht vorhandene Rechte können aber nicht transferirt werden. Bestände z. B. eine nicht an ein bestimmtes praedium gebundene Servitut unbestritten, und handelte es sich nur darum, ob sie dem A oder dem B zustehe, so würde allerdings ein titulus translativus vom C ausgehen können, es würde dieser Titel ein zur Erwerbung des Eigenthums an diesem bestehenden Rechte geeigneter seyn. Soll das Recht aber erst noch entstehen, so kann es nicht schon durch einen titulus übertragen, sondern nur

Digitized by Google

konstituirt werden, und es ist keine bona fides, wenn man den Eigenthümer des praedii dominantis hiezu befugt glaubt. Es würde ja sonst auch wohl nicht die erwerbende Verjährung von Kapitalien durch Zinsen-Empfang unbedingt an die 30jährige Verjährung gebunden seyn (A. L. R. I. 11. §. 829.), wenn man hier die Cession des Zinsen-Empfängers als einen Verjährungstitel betrachten könnte. Wir gestehen übrigens gern, daß der Gegenstand eines tieferen Eingehens bedarf, und daß jedenfalls der große Scharfsinn des Verfs. anzuerkennen ist.

Nr. XVII. S. 297. Zum §. 11. des Publications-Patents wegen Einführung des allgemeinen Landrechts in die mit den Preußischen Staaten vereinigten ehemals Sächsischen Provinzen und Districte, vom 15. November 1816, Gesetz-Samml. S. 236. Von Göschel.

Nach §. 11. des angeführten Sächsischen Publications-Patents hat der überlebende Ehegatte die Wahl, ob er nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe geltend gewesenen Gesetzen, oder nach den Vorschriften des allgemeinen Landrechts erben wolle. Dagegen soll das rechtliche Verhältniß der Eheleute, die sich vor dem 1. März 1817 verheirathet haben, in Absicht der Rechte und Pflichten unter Lebendigen, sowie auch der Grundsätze wegen Auseinandersetzung bei Trennung der Ehe, nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe bestandenen Gesetzen bestimmt werden. Das Publikations-Patent vom 5. Februar 1794. §. XIV. enthielt im Wesentlichen dieselbe Bestimmung, nur war dort rücksichtlich der Auseinandersetzungs-Grundsätze eine durch richterliches Erkenntniß getrennte Ehe

vorausgesetzt. — Der Verf. unterstellt nun einen Fall, wo der überlebende Gatte die Erbfolge nach dem allgemeinen Landrechte wählt. Hiebei behauptet er, daß derselbe nun rückwärts auch die Grundsätze des allgemeinen Landrechts über den — sehr beschränkten — Ersatz von Verwendungen in die dos (A. L. R. II. 1. §. 586. bis 590. I. 21. §. 124 ff.) anerkennen müsse. Er macht sich selbst den Einwurf, daß dies doch wohl unter die nach den älteren Gesetzen zu beurtheilenden Rechte unter den Lebendigen gehöre, allein es wird entgegnet, der §. 621. A. L. R. II. 1. sage: „Der solchergestalt ausgemittelte reine Nachlaß des verstorbenen Ehegatten wird unter die nahen Blutsverwandten und den überlebenden Ehegatten vertheilt," es seyen also die vorhergehenden Bestimmungen über die Verwendungen nothwendig anzuwenden, um das Object festzustellen, worauf das allgemeine Landrecht die Erbfolge zulasse, wer nun nach dem Landrechte erben wolle, müsse sich mit dem hiernach in quali et quanto beschiedenen Erbtheile begnügen, und sich alles dasjenige einrechnen lassen, was bei Ausmittelung des Nachlasses nicht vorweg abgezogen werden darf, das Landrecht bestimme mithin nicht blos die Quote, sondern auch das Ganze, wovon die Quote gebührt, wie denn überhaupt eine Quote, ohne Bestimmung der Größe, worauf sich jene beziehe, eine leere unbestimmte Größe sey. — Wir sind anderer Meinung. Die Grundsätze über die impensae in res dotales hangen mit dem Sächsischen Erbrechte nicht im Geringsten zusammen, sind aus dem römischen Rechte entnommen, sie finden in gleicher Weise Anwendung,

Digitized by Google

der Mann möge nun die Frau überleben oder nicht, also erben oder beerbt werden. Sie gehören somit offenbar unter die Rechts-Verhältnisse unter Lebendigen, die der §. 11. des Publ. Patents nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe bestandenen Gesetzen beurtheilt wissen will. Der §. 621. A. L. R. II. 1. enthält nur eine Uebergangsfloskel, als Sanction aber nur die Bestimmung, daß das Erbrecht auf den reinen Nachlaß ausgeübt werde. Dieses Erbrecht würde offenbar selbst dann Anwendung finden, wenn z. B. die Verhältnisse der Dos, insbesondere der Punkt der Impensen, durch die Ehegatten anders, als in den dem §. 621. vorhergehenden Bestimmungen regulirt wäre. Durch eine Uebergangsfloskel werden nicht solche wichtige Bestimmungen gegeben, als der Verf. hier interpretirt.

Nr. XVIII. S. 308. Zur Geschichte des Märkischen Provinzial-Rechts. Vom Herrn Geheimen Justiz-Rath Scholz.

Es ist dies die Einleitung aus dem inzwischen erschienenen vortrefflichen Werke über das Märkische Provinzial-Recht. Es ist merkwürdig, wie jedesmal, wenn man am Ziele eines Provinzial-Gesetzbuchs zu seyn geglaubt, wieder Hindernisse eingetreten.

Nr. XIX. S. 352. Zur Geschichte des Märkischen Lehnrechts. Von Demselben.

Auch ein Abschnitt aus dem Scholzschen Werke, und schon im Voraus eine gute Idee von diesem Werke erweckend.

Nr. XX. S. 392. Das Notherben-Recht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinen Landrechte. Vom Herrn Kammer-Gerichts-Assessor G. Fr. Gärtner.

Da der Schluß dieser wichtigen Abhandlung erst im nächsten Bande folgt, so behalten wir uns bis dahin die Beurtheilung im Zusammenhange vor.

Digitized by Google

XXVI.

Rechtssprüche der Preußischen Gerichtshöfe, mit Genehmignng Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister, herausgegeben von A. H. Simon, geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe und H. L. von Strampff, Kammer-Gerichts-Rathe. Berlin, bei Ferdinand Dümmler, 1834. gr. 8. S. XVIII. 424. (Preis 2 Thlr. 10 Sgr.)

(Schluß der im vorigen Hefte abgebrochenen Recension.)

Von

Sommer.

In Nr. 17 (S. 173.) wird die Frage, ob nach Magdeburgischem Provinzialrechte auch von den, in die Brache gesäeten, und grün darauf abgefutterten oder abgemäheten Futterkräutern der Zehnten zu entrichten, verneinend entschieden. Die Sache war nach den analogen Bestimmungen und der Polizei- und Kirchen-Ordnung wirklich sehr zweifelhaft, es ist aber angenommen, das Provinzialrecht habe hier nicht das Gegentheil des allgemeinen

Digitized by

Landrechts Th. II. Tit. 11. §. 880. verordnen können, weil damals dergleichen Futterkräuter noch gar nicht gebaut worden.

Nr. 18 (S. 178.) befaßt sich mit der Rechtsfrage, was der Ausdruck „Darlehens- und andere Schuldinstrumente“ im §. 454. Allg. G. O. I., 50. bedeute, veranlaßt dadurch, daß für eine, aus einem gerichtlich confirmirten Kaufcontrakte entspringende, Forderung des Käufers wegen Gewährsmängel, in dem über das Vermögen des Verkäufers eröffneten Concurse die sechste Classe verlangt wurde. Nach Grävell Comm. zur Allg. G. O. Band 5. S. 444 ff. sind unter den anderen Schuldinstrumenten nicht solche über zweiseitige Geschäfte, sondern nur einseitige Verschreibungen zu verstehen, welche bei hinzukommender gerichtlicher Fassung außer dem Concurse den Executivprozeß begründen. Das Geh. Ober-Tribunal, welches, die Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Frankfurt bestätigend, die obige Frage verneinte, nimmt nicht grade die Einschränkung des Gesetzes auf einseitige Verschreibungen an, sondern beruft sich darauf, daß man nach dem Sprachgebrauche und dem desfallsigen gesetzlichen Begriffe (§. 1. Allg. G. O. I., 28.) unter „Schuld“ einen Anspruch verstehe, welcher ohne weitern Zutritt von Handlungen oder Unterlassungen von Seiten der Betheiligten, durch den Vertrag oder das Instrument selbst, in bestimmter Beschaffenheit und gewissem Umfange abgeschlossen ist, ein Begriff, der freilich auf eine in manchem Betrag unbestimmte künftige Gewährleistungspflicht nicht paßt. Dieser Begriff scheint indessen, was Schärfe

Digitized by Google

und gesetzliche Begründung betrifft, Vieles wünschen zu lassen. Die Verbindung des §. 454. Allg. G. O. I., 50. mit §. 2. I., 28. ist ziemlich willkührlich. Zum Begriff des Schuldinstruments scheint eine in allem Betracht abgeschlossene Verbindlichkeit nicht nothwendig zu gehören.

Sehr zweifelhafte Fragen sind in Nr. 19 (S. 184.) entschieden. Es fragte sich nämlich, wem die durch §. 3. des Ediktes wegen der Mühlengerechtigkeit und Aufhebung des Mühlenzwanges vom 28. October 1810 zugesagte und durch die Verordnung vom 15. September 1818 näher regulirte Entschädigung für Aufhebung des Mühlenzwanges gebühre, ob dem Besitzer zur Zeit der Feststellung der Aufhebung der Entschädigung, oder sämmtlichen Besitzern nach Verhältniß ihrer Besitzzeit. Zwei Erkenntnisse des Land- und Stadtgerichts zu Wriezen und des Ober-Appellations-Senats des Kammergerichts sprechen die Entschädigung dem Besitzer zur Zeit der Aufhebung des Mahlzwanges zu. Sie gingen davon aus, ein Recht sey nur so lange als Pertinenz einer Sache anzusehen, und könne nur insofern mit der Hauptsache auf einen Andern übertragen werden, als es wirklich noch existire; nach Aufhebung des Mühlenzwangs durch das Edikt vom 28. October 1810 habe, mit dem Mahlzwangsrechte selbst, auch dessen dingliche Qualität aufgehört, dasselbe habe also auch von der Zeit an auf keine neue Erwerber der Mühle übergehen können, mithin habe der neue Erwerber durch Aufhebung des Mahlzwangs kein Recht verloren, also auch keinen Schaden erlitten; bei subjectivdinglichen Rechten sey nicht die

Sache, mit welcher die Befugniß zur Ausübung verbunden ist, sondern die Person, welche, um des Besitzes der Sache willen, die Befugniß ausübt, das eigentliche Rechtssubjekt, mithin könne auch nur der Besitzer für seine Person, als der Beschädigte und zur Entschädigung Berechtigte betrachtet werden. Das Geh. Ober-Tribunal hat inzwischen erkannt, daß die Entschädigung jedem Besitzer für die Zeit seines Besitzes gebühre. Denn der Mahlzwang sey ein dingliches Recht, weil die Befugniß zu dessen Ausübung mit einer Mühle, also mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine gewisse Person verbunden (Allg. L. R. I., 2. §. 125. 42.); für den Verlust dieses dinglichen Rechts habe der Staat Entschädigung verheißen und gegeben, diese trete in die Stelle des verlornen Rechts, und so wie folglich nur der Besitzer der Sache, welcher das Recht anklebte, das letztere auszuüben befugt gewesen, so gebühre auch die Entschädigung nur dem jedesmaligen Besitzer der Sache. In einem zweiten Falle, wo zwei gleichlautende Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Stettin bestätigt wurden, ist eben so erkannt, ja es scheint dort sogar das Recht auf die verfallenen Entschädigungen als mit-übertragen zu seyn, aus Billigkeitsrücksichten auf den jedesmal gestiegenen Kaufpreis. — Streng juristisch die Sache genommen scheint die Ansicht des Land- und Stadt-Gerichts zu Wriezen und des Ober-Appellations-Senats des Kammer-Gerichts das Mehrste für sich zu haben. Durch das Gesetz ist das Recht selbst untergegangen, es ist von der Sache abgelöst und die Entschädigung kann nur als ein persönliches Recht betrachtet werden. Das

Gesetz nimmt an, daß besondere örtliche Verhältnisse einen Schaden begründen können, und hält den Beweis dieser besonderen Verhältnisse geführt, wenn in gewissen Jahren ein Minder-Ertrag eingetreten. Die Entschädigung wird auf den Tag des Gesetzes zurückgeführt, und der Staat kann sie in Rente oder Kapital geben. Es liegt kein drängender Grund vor, diese Forderung als Pertinenz der Mühle zu betrachten. — Solche Fragen werden immer mit geringer Stimmenmehrheit entschieden werden.

Nr. 20 (S. 201.) hat es vorzüglich mit Auslegung des §. 576. Allg. G. O. Th. I. Tit. 50. zu thun. Das Kammergericht und das Geheime Ober-Tribunal haben hier ausgesprochen, daß im Falle eines Prioritätsverfahrens über die Revenüen eines sequestrirten, wegen seiner Lehns- oder Fideicommiß-Qualität unveräußerlichen Gutes, bei den von Publication des Classifications-Urtels ab stattfindenden Revenüen-Vertheilungen erst die vorzüglichen und laufenden Zinsen und dann das Kapital des vorstehenden Gläubigers zu befriedigen, so daß der nachstehende auch keine Zinsen erhält, bis das Kapital des vorstehenden getilgt. Der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts wollte dagegen die Zinsen der nachstehenden Gläubiger zahlen lassen, ehe die Kapitalien der vorgehenden getilgt wurden. Die Ausführungen sämmtlicher Erkenntnisse sind anziehend, die erstere verdient aber den Vorzug, da der allerdings übel redigirte §. 576. durch den §. 577. und den Grundsatz des §. 570., so wie durch die Natur des Hypothekenrechts erklärt wird. Ohne allen Grund würde das durch die Eintragung begründete Recht des vorgehenden Gläu-

Digitized by Google

bigers, aus den hier als Substanz erscheinenden Revenüen auch die Befriedigung seines Kapitals zu erlangen, durch willkührliche Handlungen des Schuldners, spätere Hypotheken bestellend, illusorisch gemacht. Grävell Comm. Band 5. S. 513—516. ist derselben Ansicht.

In Nr. 21 (S. 224.) ist entschieden I. daß es zur Abschließung eines Kaufvertrages über öffentlich feilgehaltene Sachen einer ausdrücklichen Verabredung des Kaufpreises nicht bedürfe, es vielmehr für die Verpflichtung zur Zahlung des gewöhnlichen Preises genüge, wenn sich Jemand dergleichen Sachen abfolgen läßt, in der ausgesprochenen, oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht, darüber als Eigenthümer zu verfügen. Nach §. 159. 160. Th. I. Tit. 5. in Verbindung mit §. 46. 47. 54. Allg. L. R. I. 11. unbedenklich. Sodann II. ist entschieden, daß der Staat die Ausübung seines Rechts, zum Wohl des gemeinen Besten Jemand zum Verkauf seiner Sache zu zwingen, einem Unternehmer übertragen könne, was unzweifelhaft, da es gleichgültig, ob der Staat sein Recht durch Beamte oder Unternehmer ausübt. Wissenschaftliches Interesse bietet der ganze Rechtsfall nicht dar.

Anziehender ist der folgende Rechtsfall, Nr. 22 (S. 237.), ob nämlich der Nießbraucher — hier insbesondere ein Ehemann — wegen der Zinsen eines auf dem Gute eingetragenen Capitals, auf Höhe der davon gezogenen Nutzungen dem Gläubiger persönlich verhaftet sey. Oswald in Simon und v. Strampffs Zeitschrift Band II. S. 284. 285. behauptet, daß der §. 70. Allg. L. R. I. 21. nur die Rechtsverhältnisse des Nieß-

Digitized by Google

brauchers zum Eigenthümer, nicht aber zu Dritten betreffe. Grävell (Nießbrauch ꝛc. S. 46. 47.) und Bielitz (Comm. IV. S. 466. 467.) sind dagegen der entgegengesetzten Meinung, und das Ober-Landesgericht zu Marienwerder I. Senat und das Geh. Ober-Tribunal haben hier auch so entschieden. Das Geh. Ober-Tribunal hält es für unzweifelhaft, daß durch den §. 70. weder das Recht des Hypothekengläubigers, sich wegen der Zinsen seines Kapitals an die Früchte des zur Hypothek bestellten Grundstücks, des darauf nachher darauf eingeräumten Nießbrauchs ungeachtet, zu halten, habe ausgedrückt werden sollen, da dies Recht in der Lehre vom Nießbrauch keiner neuen Anerkennung bedurft habe, und daß eben so wenig, wie der II. Senat des Ober-Landesgerichts zu Marienwerder angenommen, das Schuldenverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher habe bestimmt werden sollen, da die Zinsen ja nicht an den Eigenthümer, sondern an den Gläubiger zu berichtigen, folglich, wenn das Gesetz wolle, daß der Nießbraucher diese Zinsen berichtigen solle, darunter nur eine Befriedigung des Gläubigers verstanden werden könne. Wir bekennen aufrichtig, hier noch keine feste Meinung zu haben. Es bleibt immerhin eigen, daß der Gläubiger hier zwei persönliche Schuldner für die Zinsen haben soll. Die Frage selbst ist übrigens von der äußersten Wichtigkeit, vollends wenn man sich besondere vorgehende oder nachgehende Verträge zwischen Eigenthümer und Nießbraucher denkt.

Nr. 23 (S. 242.) spricht sich in der Ueberschrift der Herausgeber genügend aus. I. Es ist unstatthaft,

einen Eid über Muthmaßungen zuzuschieben. II. Wer eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muß sie dem dazu besser berechtigten Rückforderer unentgeltlich herausgeben, selbst wenn er in Beziehung auf diesen nicht unredlich gehandelt hat. (Allg. L. R. I., 15. §. 17. I. 7. §. 178.) Der Rechtsfall betraf Staatsschuldscheine, welche ein Stadtsyndikus unbefugt unter der Hand veräußert hatte.

Nr. 24 (S. 249.) beweist wieder, daß das Geh. Ober-Tribunal durch seine Entscheidungen nicht schon an und für sich die Jurisprudenz fixirt. Die berühmte Controverse, ob die Frauensperson bei einem mit einer Mannsperson gemeinschaftlich vollzogenen Schuldinstrumente nicht auch ohne Verwarnung als Bürgin hafte, (Allg. L. R. I. 14. §. 232. 233.) ward früher vom Geh. Ober-Tribunal verneint. (s. Rechtssprüche Bd. 1. S. 281. 282.) Gegenwärtig wird sie bejaht. Und um die Ungewißheit vollständig zu machen, beweist Duesberg (Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 2. S. 160—164.) aus den Materialien, daß die frühern Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals die richtigen sind, wie sich auch nach §. 71. Allg. L. R. I. 11., so wie nach dem Geiste der Gesetzgebung über Verpflichtungen der Weiber kaum bezweifeln läßt. Neue Gründe lassen sich hier wohl von keiner Parthei mehr anführen, und die jedesmalige Zusammensetzung der Collegien wird hier in der Rechtsprechung den Ausschlag geben. Selbst das Geh. Ober-Tribunal wird sich schwerlich durch seine letzte Entscheidung mehr, als durch seine früheren, gebunden achten, vollends weil sich ergeben, daß die Materialien zu Gunsten

der früheren sind. Die Nichtigkeits-Verordnung kann hier nicht, sondern nur eine authentische Declaration helfen, sollen anders nicht die armen Litiganten fortwährend in Folge dieser wirklich sehr unglücklich redigirten §§. 232. 233. Allg. L. R. I. 11. in vergebliche Kosten gestürzt werden.

Der Gegenstand von Nr. 25 (S. 266.) faßt sich in der Ueberschrift genügend zusammen: I. Wenn im Rechnungsprozesse der Streit einzelne Posten betroffen hat, so muß dennoch, am Schlusse des Urtels das Liquidum constituirt, d. h. die Summe, welche nach Maaßgabe der einzelnen Posten, jeder Theil dem andern noch verschuldet, ausgedrückt, und der sich ergebende Ueberschuß im Erkenntniß selbst festgestellt werden. (Allg. G. O Th I. Tit. 45. §§. 5. 21. 26. Tit. 44. § 9.) II. Wenn dies in einem solchen Falle nicht geschehen ist, und statt dessen in dem Urtel, welches die Entscheidung über die einzelnen monita enthält, zugleich auf einen Termin zur constitutio liquidi erkannt worden, so können bei dem deßhalb eingeleiteten Verfahren, außer den privilegirten, in der Executions-Instanz noch zulässigen, Einreden, nur solche Posten und Erinnerungen berücksichtigt werden, welche a) im Vorprozesse rechtskräftig festgestellt sind, oder b) ausdrücklich von dem, die constitutio liquidi anordnenden, Urtel zu diesem Verfahren verwiesen werden. (Allg. G. O. Th. I. Tit. 45. §§. 5. 21. 26. Tit. 44. §. 9. Tit. 13. §. 37. Tit 24. §§. 23. 35. 36.)

Die Nr. 26 (S. 274.) entscheidet die von Gärtner (Gans Beiträge S. 485 ff.) behandelte Frage

über Auslegung des §. 395. Th. I. Tit. 21. Allg. L. R. Im vorliegenden Falle hatte ein Gutspachter seine Mobilien einem Anderen während der Pachtung notariell verkauft und sich auf 2 Jahre den Nießbrauch vorbehalten, somit daran, da nach §. 72. Allg. L. R I. 7. ein Constitutum possessorium, folglich die Traditon als geschehen anzunehmen, das Eigenthum verloren. Vor Ablauf der 2 Jahre endigte die Pachtung und Verpachter wollte nun auf jene Mobilien sein Legal-Pfandrecht ausüben. Durch die Erkenntnisse des II. Senats des Ober-Landes-Gerichts zu Naumburg und des Geheimen Ober-Tribunals ist nun entschieden, daß, da dem Verpachter nach §. 395. Tit. 21. Th. I. Allg. L. R. die Rechte eines Pfandgläubigers auf alle, von dem Pachter in das Pachtgut gebrachten, und zur Zeit der Endigung des Pachtcontracts in solchen noch vorhandenen Sachen und Effecten zustehen, die hier in Frage stehenden und dem Kläger erst während der Pachtzeit vom Pachter verkauften Effecten aber ebenfalls zu denjenigen gehören, welche von letzterem mit in das Pachtgut eingebracht wurden, und sich bei Aufhebung des Pachtverhältnisses annoch in selbigem befanden — das gesetzliche Pfandrecht des Verpachters sich auf sotche erstrecke. — Viele werden anderer Meinung bleiben. Hierdurch ist jedoch die Frage noch nicht entschieden, ob auch an solchen eingebrachten Sachen, deren Eigenthum dem Pachter nicht zustand, das Legal-Pfandrecht durch die Einbringung entstehe, wie das Stadtgericht zu Berlin und der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts nach Gärtner (bei Gans Beitr. S. 485. 486.) annehmen; wenigstens

läßt sich die Entscheidung so deuten, daß das einmal auf Eigenthum des Pachters begründete Pfandrecht durch einen Verkauf, wenn die Sachen nicht wirklich vom Gute weggebracht sind, nicht aufgehoben werde, sondern auch gegen den neuen Eigenthümer gehe. Wirklich läßt sich wohl nicht annehmen, daß das Legal-Pfandrecht erst mit Aufhören der Pachtung entstehe, ist es also mit der Illation entstanden, so ist es consequent, dasselbe nur genau im wörtlichen Falle des Gesetzes aufhören zu lassen, da überhaupt für die Aufhebung eines einmal bestehenden Rechtes nicht vermuthet wird. Dagegen dürfte es das juristische Gefühl zu sehr verletzen, auf fremdes Eigenthum ein Pfandrecht entstehen zu lassen, und so dem §. 26. Allg. L. R. I. 15. ein Princip und Consequenzen zu unterlegen, woran der Gesetzgeber sicher nicht gedacht. Es wird dem Juristen schwer, anzunehmen, im §. 395. Allg. L. R. I. 21. habe das sich von selbst Verstehende, daß der Legal-Verpfänder — wenn man so sagen darf — Eigenthümer sey, noch besonders bemerkt werden müssen.

Nr. 27 (S. 285.) enthält die zwei Erkenntnisse des Instructions-Senats und des Ober-Appellations-Senats des Kammergerichts reformirende Entscheidung des Geheimen Ober-Tribunals, daß ein Vertrag, wodurch Jemand gegen Entgelt auf Alimente Verzicht leistet, welche an sich zwar bestimmt, unter gewissen, ihrem Eintritte und ihren rechtlichen Folgen nach unbestimmten Bedingungen aber veränderlich sind, nicht als Entsagung, sondern als ein Vergleich über künftige Verpflegungsgelder anzusehen, welcher ohne Bestätigung des ordentlichen

Digitized by Google

persönlichen Richters des zu Verpflegenden, für denselben unverbindlich ist. Es ist nun freilich sonderbar, daß nicht, wenn der zu Alimentirende seinem ganzen unstreitigen Rechte entsagt, sondern nur dann, wenn er dasselbe durch Vergleich näher bestimmt, die vormundschaftliche Sorge der Obrigkeit eintritt. Bei der Gesetzrevision dürfte entweder der §. 413. Allg. L. R. I. 16. ganz aufzuheben, oder auch auf Entsagungen auszudehnen und statt der richterlichen Bestätigung die Einwilligung deren, welchen durch den Vergleich im Bedürfnißfalle die Alimentationspflicht mittelbar überkommt, zu erfordern seyn.

Nach Nr. 28 (S. 291.) haben der zweite Senat des Ober-Landes-Gerichts zu Magdeburg und das Geh. Ober-Tribunal entschieden, daß die Verordnung vom 9. Juni 1827 wegen Ergänzung der §§. 5. und 7. der Verordnung vom 11. März 1818 über die Lehen und Fideikommisse in den links der Elbe gelegenen Provinzen, als Erklärung dieser Verordnung und als Ergänzung derselben in allen noch zu entscheidenden Fällen mit rückwirkender Kraft zur Anwendung kommen. Die Entscheidung des vorliegenden Falles war richtig, da die ganze Verordnung vom 9. Juni 1827 ihrem Inhalte nach eigentlich nur eine authentische Interpretation war, sonst aber, wenn sie dies nicht gewesen, gar kein Objekt gehabt haben würde. Eigentlichen Ergänzungen, d. h. neuen anschließenden, nicht declarirenden, Bestimmungen wird man die rückwirkende Kraft jedenfalls versagen müssen, da die Rückwirkung nach §. 15. der Einleitung zum Allg. L. R. nur den Auslegungen des Gesetzgebers verliehen ist, und kein Grund seyn kann,

eine solche an sich schon den wahren Grundsätzen widersprechende Bestimmung noch auszudehnen.

Es folgt unter Nr. 29 (S. 313.) eine Entscheidung des Rheinischen Revisions- und Cassationshofs zu Berlin. Ein Kaufmann in Barmen hatte bei einem Fabrikanten in Brandenburg verschiedene wollene Zeuge nach beigefügten Mustern bestellt. Der Verkäufer versandte, da er die ganze verlangte Quantität nicht vorräthig hatte, einen Theil derselben, und schickte dem Käufer eine Factura, worin bemerkt, daß die Waaren für des Käufers Rechnung und Gefahr mit Löhnings Gespann gesandt. Unterwegs bei Coppenbrügge gerieth der Fuhrmannswagen in Brand, mehrere Ballen mußten geöffnet werden, und bei der Ankunft in Barmen fanden sich die bestellten Waaren beschädigt, ohne Verpackung und mit anderen Waaren vermischt. Der Käufer weigerte die Annahme. Es ward festgestellt, daß nicht Löhnings Gespann, sondern ein anderer Fuhrmann gefahren habe. Der Verkäufer klagte auf den Kaufpreis. Das Handelsgericht zu Elberfeld wies ihn ab, weil die rheinischen Handelsgerichte nur nach rheinischen Gesetzen erkennen können, und nach Art. 1588. des Code Napoleon ein auf Muster oder Proben geschlossener Kauf nur als ein bedingter zu betrachten, desgleichen nach Art. 1585. ein Kauf nach Zahl, Maaß oder Gewicht nicht eher perfekt sey, als bis zugezählt, gemessen oder gewogen sey; die Gefahr sey also noch nicht auf den Besteller übergegangen gewesen. Auch ward Gewicht auf die Person des Fuhrmanns gelegt, weil der Besteller bei Angabe des wahren Fuhrmanns sich vielleicht zu einer Versicherung

Digitized by Google

entschlossen hätte, die er bei Löhning nicht nothwendig gefunden. Der rheinische Appellhof nahm zwar an, daß hier die Preußischen Gesetze anzuwenden, bestätigte aber nach diesen das erste Erkenntniß. Es ward Cassation nachgesucht; v. Savigny erstattete den Vortrag in der Sitzung vom 29. März 1834, der General-Procurator stellte einen bündigen Antrag, und der Hof kassirte das Erkenntniß des Cassationshofes. Hierdurch wurde entschieden: 1) Ein Kauf unter Abwesenden durch Briefwechsel kommt an dem Orte zu Stande, wo der Brief, welcher den Antrag enthält, empfangen, und der Antrag angenommen wird, und ist nach den dort geltenden Gesetzen zu beurtheilen. 2) Die Perfection eines nach Mustern geschlossenen Kaufs hängt keinesweges von der Vergleichung der bei dem Besteller angelangten Waare mit den Mustern, sondern lediglich von der Annahme ab, so daß alles Uebrige nur zur Erfüllung gehört (ist also kein Verkauf auf Probe). 3) Wenn der Käufer die Bestellung nicht durch die augenblickliche und gleichzeitige Lieferung der ganzen bestellten Quantität bedingt hat, auch das Geschäft nicht von der Art ist, daß eine solche Bedingung vermuthet werden kann; so ist derselbe die Annahme einer geringern Quantität zu verweigern nicht berechtigt. 4) Der §. 133. Allg. L. R. I. 11. enthält nicht den einzigen Fall, in dem anzunehmen, daß der Besteller dem Absender die Art der Uebermachung nach §. 129. stillschweigend überlassen habe, sondern er stellt lediglich, wenn man ihn mit dem darin bezogenen §. 129. in Verbindung setzt, eine Thatsache fest, wodurch jeder Zweifel wegen einer stillschweigenden Ueberlassung, und

überhaupt jede Einwendung gegen die Uebergabe durch Absendung, vermittelst nachfolgender Genehmigung, ausgeschlossen seyn soll. Diese stillschweigende Genehmigung ist wohl zu unterscheiden von der im §. 129. für wirksam erklärten stillschweigenden Ueberlassung, welche, wenn sie vorhanden ist, die nachfolgende Genehmigung überflüssig, und deren Verfügung wirkungslos macht. (Vorzüglich scheint also der §. 133. auf die Fälle von §§. 131. 132., wo die Waare schon unterwegs, zu gehen, und für §. 129. nur eine einzelne Thatsache aufzustellen.) 5) Es ist daher die unrichtige Angabe des Fuhrmanns nicht, wie der Appelhof darum, weil dadurch dem Besteller die Ausübung der ihm nach §. 133. zustehenden Befugniß, seine Mißbilligung zu erklären, unmöglich gemacht worden, angenommen, ein Grund, die Uebergabe für noch nicht vollzogen zu achten, obgleich die Frage. ob bei dieser Auswahl eine Verschuldung eingetreten, zur besonderen Verhandlung gehört, zu Entschädigungs-Ansprüchen führen kann, ohne darum aber die einmal durch Absendung geschehene Tradition aufzuheben.

Nr. 30 (S. 340.) liefert zwei wohl ausgeführte Entscheidungen der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt. Es hatte Jemand von einem Kupferstichhändler Wolfes Tod für 100 Thaler gekauft, und trug auf Aufhebung des Kaufs als verletzend an. Durch das mehr begründete Urtheil eines Sachkenners ward das Blatt für retouchirt und 30 Thaler werth erklärt. Beide Senate hoben den Kauf als verletzend auf. Es ward angenommen, daß der Werth eines Kupferstichs,

Digitized by Google

wie er nach seiner Güte und Seltenheit durch den Handel sich stellt, nach §. 113. Allg. L. R. I. 2. ein gemeiner Werth sey, wogegen nach §. 114. z. B. ein außerordentlicher Werth (für Jeden) vorhanden seyn könnte, wenn Jemand alle Werke eines berühmten Meisters bis auf ein einziges ihm noch fehlendes Blatt hätte. Als Werth einer besonderen Vorliebe wird nach §. 115. anerkannt, wenn z. B. die Sache von einer Person herrührt, welche man besonders hochachtet. — Da der Preis von 100 Thalern nur für Originale angemessen ist, so wurde hier ein Irrthum in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (Allg. L. R. I. 4. §. 81.) anerkannt, und der gegen die Läsionsklage statt findende Gegenbeweis des §. 82., Selbstverschulden des Irrthums durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen, nicht als erbracht angenommeu. In der Zulassung dieses Gegenbeweises liegt eigentlich die juristische Pointe des Rechtsfalles. S. Siewert Materialien Heft 5. S. 152—154.

Nr. 31 (S. 357.) enthält eine Entscheidung des zweiten Senats des Ober-Landesgerichts zu Naumburg. Es frug sich wegen des bei Pacht und Miethe nach §. 396. 397. (Allg. L. R. I. 21.) verschieden bestimmten Retentionsrechts, wie der §. 260. Allg. L. R. I. 21. zu interpretiren. Es war eine Wohnung und ein kleines Kartoffelfeld locirt, ohne daß übrigens letzteres ein rechtliches Pertinenz der Wohnung war. Nimmt man nun den Ausdruck des §. 260. „gibt die Beschaffenheit der Hauptsache den Ausschlag," ob nämlich Pacht oder Miethe vorhanden, im Sinne des Th. I. Tit. 2.

Digitized by Google

§. 46. 47., so wird das Gesetz gar keine Entscheidung geben. Im Erkenntniß ist richtig angenommen, daß hier unter Hauptsache diejenige zu verstehen, welche der Hauptgegenstand des Vertrags, auf welche hauptsächlich die Absicht der Contrahenten gerichtet war, es mag nun dieser Vorzug in dem höheren Werthe der Sache, oder in einem anderen Verhältnisse begründet seyn.

Die Nr. 32 (S. 362.) enthält in Bezug auf den §. 5. des Edikts vom 9. October 1807, den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthums, so wie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend, eine die Erkenntnisse der beiden Naumburger Senate bestätigende Entscheidung des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt. In Folge jener Verordnung war von einem Lehnsvetter, der den übrigen Gevettern 1781 versprochen hatte nicht zu veräußeren, ein Theil des fraglichen Guts in Erbpacht, ohne Erbstandsgeld ausgethan, nachdem die Regierung zuvorderst das im Gesetz vorgeschriebene Unschädlichkeits-Attest ertheilt hatte. Der succedirende Lehnsvetter wollte die Veräußerung auf Grund jenes Vertrags wiederrufen, ward aber in allen Instanzen abgewiesen und dabei insbesondere vom Revisionsrichter angenommen: 1) Der §. 5. des fraglichen Edikts bezieht sich auch auf die Pertinenzien solcher Güter, in welchen per pacta eine Succession der Familie angeordnet ist. (Allg. L. R. II. 4. §. 23. 28.) 2) Das vorgeschriebene Attest der Regierung, daß die Erbverpachtung den unabgelösten Rechten der Hypothekengläubiger unschädlich sey, kann nicht der Fideikommiß-Nachfolger verlangen, sondern dieser nur den Nachweis der

Wissenschaft der Landespolizeibehörde von der vorgenommenen Vererbpachtung. 3) Obgleich der §. 5. der gedachten Verordnung die Verwendung des Erbstandsgeldes bedingt, so kann doch auch ohne ein solches der Erbpachtscontract gültig abgeschlossen werden. 4) Gegen das Attest der Regierung findet ein Gegenbeweis nicht statt. (Rescript vom 5. März 1809. Nr. 8.)

Der letzte Rechtsfall (S. 375.) ist von den beiden Senaten des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt und in revisorio vom Ober-Landesgericht zu Münster entschieden. Er betrifft 1. eine für die Praxis sehr wichtige Frage, ob nämlich Minderjährige gegen die Praeclusoria im Concurs Restitution verlangen können, insbesondere auch, wenn sie nicht unter Vormundschaft, sondern unter väterlicher Gewalt stehen. Der erste Senat des Ober-Landesgerichts zu H. schlug die Restitution ab, weil der Fall des §. 12. Allg. G. O. I. 16. nicht vorliege, der Vormund einen Prozeß nicht geführt habe. Wolle man die Ediktal-Ladung als eine Provocation betrachten, so würde nach §. 28. Allg. G. O. I. 32. keine Restitution statthaben. Die Allg. G. O. I. 50. §. 167. 168. erwähne aber auch nur der gewöhnlichen Restitution gegen einen Contumacial-Bescheid, nicht aber einer Restitution Minorenner, welche vielmehr nach der Eigenthümlichkeit des Concurs-Verfahrens und nach der Analogie des Diffamations-Verfahrens, des Aufgebots von Grundstücken gegen unbekannte Realprätendenten, bei Aufgeboten eingetragener Posten, deren Inhaber unbekannt sind, und bei Aufgeboten verlorner Instrumente, (Allg. G. O. I. 51. §. 106. 114. 117. Hypotheken-

Ordnung Tit. 2. §. 98.) nicht gegen eine Praeclusoria statt finden könne. Der zweite Senat bestätigte dies Erkenntniß, aber blos darum, weil der §. 12. Allg. G. O. l. 16. nur von wirklichen Curanden, nicht aber von Kindern unter väterlicher Gewalt rede. Sonst ward angenommen, daß ein wirkliches Auftreten des Vormundes nicht nothwendig sey, um den §. 12. anzuwenden, so wenig als man dem Minor die Restitution ex capite minorennitatis gegen einen gewöhnlichen Contumacial-Bescheid versagen könne. Der §. 12. sey unbedingt, und eine Wiederholung der darin allgemein gestatteten Restitutionen in der Lehre vom Concursproceß unnöthig gewesen. — Auf eine ausgezeichnete Deduction des Justizcommissars Krüger wurde in revisorio die Restitution gestattet, weil die restitutio contra praeclusoriam sich auf die Allg. G. O. Th. I. Tit. 16. §§. 13. 14. 15. und Allg. L. R. I. 14. §. 174. gründe, und das beneficium den Minorennen ob minorennitatem gegeben sey, und der Vater die Stelle des Vormundes vertrete. — Die Meinungen werden hier inzwischen noch lange getheilt bleiben. — Wichtig ist auch II. die andere entschiedene Frage. Eine Ehefrau setzte ihre Tochter erster Ehe als Erbin im Pflichttheile ein, und verordnete zugleich, daß der Rest ihres Vermögens ihrem Ehemanne zum lebenslänglichen unbeschränkten Nießbrauche verbleiben, und mit dessen Tode an ihre genannte Tochter ganz, wenn sich aber ihr Ehemann anderweit verheirathen und Kinder aus zweiter Ehe erhalten möchte, zur Hälfte zurückfallen sollte. Letzterer Fall trat ein, und gegen die Concursmasse des

Ehemannes ward nur von der Tochter die Hälfte der Substanz — was übrigens ursprünglich Illaten der Ehefrau waren — liquidirt. Die beiden Halberstadter Senate erkannten nur die 7te Classe zu, weil der Gemeinschuldner durch die testamentarische Disposition seiner Ehefrau auf einen Theil ihres Vermögens ganz andere Rechte, als die eines Ehemannes erworben habe, weil die Liquidanten also nicht mehr das Eingebrachte, sondern einen, ihrer Mutter ausgesetzten, auf sie vererbten, dem Nießbrauche des Gemeinschuldners, kraft testamentarischer Disposition seiner ersten Ehefrau, unterworfenen Erbtheil fordere, oder, wie der zweite Senat annahm, weil der Cridar auf das Vermögen außer dem Pflichttheile als Erbe, und die Tochter als fideikommissarisch substituirte erscheine. Das Ober-Landesgericht zu Münster reformirte aber auch hier die früheren Erkenntnisse, weil der Cridar das Vermögen seiner Ehefrau qua illatum in Händen habe, diese, modo deren Kinder, also, wenn sie, die Frau, noch lebte, oder kein Testament gemacht hätte, das Ganze, als illatum, in der vierten Classe zurückfordern können würde (Allg. G. O. I. 50. §. 406. 413.); somit, wenn nun gleich die Frau dem Cridar per testamentum an ihren Illaten den usumfructum ad dies vitae vermacht hat, doch dadurch das Recht der Kinder der Frau, diese Illaten in der vierten Classe zu fordern, nicht verloren sey. Ob übrigens nicht dennoch eine Umwandlung der Illaten in ein Fideikommiß, somit die Anwendbarkeit des §. 419. Allg. G. O. I. 50. anzunehmen, dürfte sich fragen.

Wir können nicht schließen, ohne die Sorgfalt der Herausgeber in Auswahl anziehender Gegenstände und Begleitung der Rechtsfälle mit wissenschaftlichen, freilich kurzen, Erläuterungen, rühmend anzuerkennen.

Digitized by

XXVII.

Die von den Vormündern Namens ihrer Pflegbefohlenen abgegebenen Willenserklärungen und geschlossenen Verträge sind auch ohne obervormundschaftliche Bestätigung gültig, wenn die Gesetze diese nicht ausdrücklich zur Gültigkeit des Geschäfts vorschreiben.*)

Abhandlung nebst Rechtsfall

von

Herrn Ober-Landes-Gerichts-Assessor **Piners** in Arnsberg.

Es ist kaum glaublich, daß der obige Rechtssatz im Allg. L. R., welches Th. II. Tit. 18. in 1007 §§. von Vormundschaften und Curatelen handelt, nicht seine

*) Vergl. Allg. L. R. I. 4. §. 20—26. I. 5. §. 10. 11. II. 18. §§. 3. 238. 239. 438. — Das Gegentheil des oben angeführten Satzes scheint Bielitz Commentar Thl. I. S. 423. zu behaupten, wenn er zu dem Allg. L. R. I. 4. §. 20—22. bemerkt: „Uebrigens entstehen die Verpflichtungen der Kinder, Unmündigen und Minderjährigen auf ganz gleiche Art: nämlich durch ihre vom Gesetze oder von der Obrigkeit bestellte Vormünder I. 5. §. 10., wenn die Genehmigung des vormund-

klare Entscheidung sollte gefunden haben, und doch sieht man sich vergebens nach einem bestimmten Gesetze um. Im siebenten Abschnitte seines Vormundschaftsrechts geht das Allg. L. R. mit dem zu Tage liegenden Bestreben, alle einzelnen möglichen Fälle zu erschöpfen, die ganze vormundschaftliche Vermögensverwaltung durch, und legt dem Vormunde bei einer Menge von Rechtsgeschäften unter Androhung der Nichtigkeit die Verpflichtung auf, die Einwilligung des vormundschaftlichen Gerichts zu extrahiren, während ihm in andern Stellen wiederum ein Handeln nach eignem pflichtmäßigem Ermessen nachgelassen wird. Diesen einzelnen Fällen liegt aber kein bestimmtes Rechtsprincip zum Grunde, vielmehr sind die Redaktoren lediglich von der Gefahr ausgegangen, die den Pflegbefohlenen aus dem selbstständigen Handeln des Vormundes erwachsen könnte. Es fragt sich deshalb, was ist Regel, was ist Ausnahme? Ist ein von einem Vormunde ohne Consens des vormundschaftlichen Gerichts abgeschlossenes Rechtsgeschäft, wenn die Verbindlichkeit in den Gesetzen nicht ausdrücklich oder implicite von jenem Consense abhängig gemacht ist, gültig, oder ist es für den Pflegbefohlenen unverbindlich? Hätten wir an der Spitze unserer Lehre ein Princip stehen, wie es das Römische Recht hat „tutores et curatores loco domini

---

schaftlichen Gerichts hinzukommt, I. 5. §. 11.“ Auch die Revisoren des Allg. L. R. scheinen über obige Frage unter sich nicht einverstanden zu seyn; vergl. Pensum XIV. S. 51. ad §§. 9—33. I. 5. und Pens. VII. S. 139. ad II. 18. §. 238. 239.

Digitized by Google

habentur“ [1]) so würde eine solche Frage gar nicht entstehen können. Man hat den Versuch gemacht, die Frage aus einem im Allg. L. R. über das Verhältniß der Vormünder aufgestellten Principe zu entscheiden, indem man so raisonnirte:

Nach dem Allg. L. R. II. 18. §. 3. beruhte das Rechtsverhältniß des Vormundes auf einem Mandatsverhältnisse, worin er zum Staate stehe, die Gränzen seines Auftrags seyen ihm durch die in der Vormundschaftsordnung ertheilte Instruktion gezogen, und diese Instruktion sey als Gesetz öffentlich bekannt gemacht. Nach §. 238. 239. dieser Instruktion [2]) müsse der Vormund überall dann beim vormundschaftlichen Gerichte anfragen, wenn von einer

---

[1]) L. 27. D. de adm. et periculo tutorum (7. 26.) „Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.“ Vergl. über das Röm. Recht: Donelli Comment. de jure civ. L. 3. C. 12. §. 5—27. Glück Erläuterung der Pandekten 30. Th. S. 224—239. Rudorff das Recht der Vormundschaft. (Berlin bei Dümmler 1833.) II. Band. S. 349—355.

[2]) Allg. L. R. II. 18. §. 238.: „So oft in Ansehung der Person oder des Vermögens der Pflegbefohlenen eine erhebliche Veränderung vorgenommen werden soll, müssen die Vormünder dem Gerichte davon Anzeige machen und dessen Genehmigung oder nähere Anweisung einholen.“

§. 239.: „Vornehmlich aber muß dies alsdann geschehen, wenn von einer Handlung die Rede ist, woraus bedenkliche oder gefährliche Folgen für den Pflegebefohlenen entstehen können.“

Digitized by Google

Handlung die Rede sey, woraus wichtige und gefährliche Folgen für den Pflegbefohlenen entstehen könnten. Auf diese veröffentlichte Instruktion müsse Jeder, welcher mit einem Bevollmächtigten contrahire, Rücksicht nehmen. Allg. L. R. I. 13. §. 92.[3]) Habe ein Dritter mit dem Vormunde contrahirt, ohne daß die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts nachgesucht und erlangt sey, so hange es von diesem und den Pflegbefohlenen bei erlangter Großjährigkeit ab, das Geschäft nicht gelten zu lassen, wenn der Vormund gegen die Vorschriften des Allg. L. R. II. 18. §. 328. 329. gefehlt habe. Nach dieser Ansicht ist den Vormündern alles Contrahiren ohne Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts, außer den im Gesetz ausdrücklich nachgelassenen Fällen, so gut als gänzlich abgeschnitten, wenigstens wird sich kein Dritter leicht ohne Gefahr mit ihm einlassen können, da die Frage, was eine wichtige und gefährliche Handlung sey, nie auf eine gleichförmige Beantworung wird rechnen können.

---

[3]) Allg. L. R. I. 13. §. 91.: „Derjenige, welcher mit dem Bevollmächtigten zu unterhandeln im Begriff steht, hat das Recht, die Vorzeigung der Vollmacht zu fordern."

§. 94.: „Bezieht sich die Vollmacht auf eine besondere Instruktion, so findet in Ansehung dieser ein Gleiches statt."

§. 96.: „Hat der Dritte, mit welchem der Bevollmächtigte handelt, die Vorschriften des §. 91. und 92. vernachlässigt, so kann er sich wegen eines gegen die Anweisung dee Machtgebers vollzogenen Geschäfts, nur an den Bevollmächtigten halten."

Digitized by Google

Die ganze Deduktion beruht aber auf dem Mandatsverhältniß, worin der Vormund in Bezug auf die vormundschaftliche Verwaltung zum Staate stehen soll, und dies muß bestritten werden. Freilich sagt das Allg. L. R. I. 18. §. 3.:

„Diejenigen, welchen der Staat die Sorge für seine Pflegbefohlenen in Ansehung aller ihrer Angelegenheiten aufgetragen hat, werden Vormünder genannt."

Daraus folgt aber nichts weiter, als daß die Vormünder vom Staate eingesetzt werden, nicht auch, daß sie in Betreff der ganzen vormundschaftlichen Verwaltung zum Staate in dem Verhältnisse eines Mandatars zum Mandanten stehen. Um diesen Begriff durch die ganze Administration durchführen zu können, müßte sich der Staat in Bezug auf alle Geschäfte des Pflegbefohlenen auch die Rechte eines Mandanten beigelegt haben, er müßte sich als negotiorum dominus betrachten, selbstständig für die Pflegbefohlenen handeln und contrahiren können. Eine solche ausgedehnte Gewalt legt sich aber der Staat niemals bei; seine Einwirkung besteht nur in der Anordnung des Vormundes, dessen Leitung und Beaufsichtigung. Alles dies übt er durch die Vormundschafsämter aus, während die Verwaltung selbst in den Händen des Vormundes beruht. Deshalb heißt es dann auch in §. 3. cit, daß die Vormünder mit der Sorge für die Pflegbefohlenen in Ansehung aller ihrer Angelegenheiten beauftragt, und in §. 483 ibid., daß sie schuldig und befugt sind, alles dasjenige zu thuen, was einem guten Hausvater in Ansehung seines eigenen Vermögens obliegt, in so fern sie nicht durch ausdrückliche Gesetze,

Digitized by Google

durch den Willen des Erblassers, oder durch richterliche Verordnungen eingeschränkt sind.

Dies freie, selbstständige Handeln des Vormundes bildet die Regel, wovon die in §. 422—678. aufgestellten Beschränkungen sich nur als Ausnahmen darstellen. Seine Pflicht als Vormund erfordert es zwar außerdem nach §. 238. 239. l. c, in wichtigen und bedenklichen Fällen mit dem vormundlichen Gerichte Rücksprache zu nehmen, aber aus der Unterlassung folgt nicht die Ungültigkeit der von ihm vorgenommenen Handlungen, wie auch das Allg. L. R. l. c. §. 504. 505. verordnet, daß ein Vormund, der als Beklagter oder Intervenient in einen Proceß verwickelt wird, zwar die Pflicht habe, dem vormundschaftlichen Gerichte ohne Zeitverlust den gerügten Anspruch anzuzeigen, die von ihm vorgenommenen Verhandlungen aber dessen ungeachtet rechtsbeständig seyen.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich ganz unzweideutig aus der Disposition des §. 681 folg., wonach der Erblasser der Pflegbefohlenen einen von ihm ernannten Vormund von den §§. 422—678. vorgeschriebenen Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration ganz oder zum Theil befreien kann. Grade die Aufhebung dieser Einschränkungen soll genügen, um den Vormund, die wenigen Fälle des §. 686 folg. abgerechnet, zu einem selbstständigen Verwalter des Vermögens seiner Pflegbefohlenen zu machen, woraus man doch wohl den Schluß ziehen darf, daß sich jene Einwirkungen des vormundschaftlichen Gerichts nur als Ausnahmen, als Beschrän-

Digitized by Google

lungen der im übrigen vollen Gewalt des Vormundes darstellen.

Nach diesen Entwickelungen hat das Ober-Landesgericht zu Arnsberg jüngst folgenden Rechtsfall entschieden:

Die Vormünder der minderjährigen Elisabeth Bruder zu Reiste, Amtsbezirk Eslohe, erschienen am 31. Oktober 1830 vor Gericht und gaben die Erklärung ab, daß sich bei einer von ihnen angestellten Untersuchung ergeben habe, daß der verstorbene Stiefvater ihrer Pflegbefohlenen, Peter Poggel, von den im Inventar aufgeführten Schulden 460 Reichsthaler abgetragen habe; sie hielten sich zur Vermeidung eines Processes für verpflichtet, dies Anerkentniß abzugeben mit dem Versprechen, die sich hiernach ergebende Schuld ihrer Pflegbefohlenen zu seiner Zeit abzutragen.

Dies Anerkenntniß wurde von den anwesenden Vormündern der Minorennen Peter Poggel acceptirt, und darauf von ihnen die unter dem 27. Oktober 1832 beim Justiz-Amte Eslohe gegen die immittelst großjährig gewordene Elisabeth Bruder, verehlichte Fischer, auf Zahlung der anerkannten Schuld zu 460 Reichsthaler eingelegte Klage gegründet.

Die Verklagte glaubte, daß ihr das Anerkenntniß ihrer Vormünder, welches ohne Authorisation oder nachträgliche Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts abgegeben sey, nicht entgegengesetzt werden könne. Die Richtigkeit der Schuld konnte nur theilweise nachgewiesen werden. Dessen ungeachtet wurde die Verklagte durch die

Digitized by Google

gleichlautenden Erkenntnisse des Justiz-Amts Eslohe und des Ober-Landesgerichts Arnsberg zur Zahlung verurtheilt, indem von beiden Gerichten angenommen wurde, daß das Anerkenntniß der Vormünder für die Verklagte vollkommen bindend sey.

Digitized by Google

XXVIII.

Nachtrag zu der Abhandlung im Isten Hefte Nr. VII., über Heimfallsrecht und bäuerliche Erbfolge. Mit 4 Beilagen.

Von

Sommer.

Die zu der bezogenen Abhandlung gehörigen Beilagen werden unten mitgetheilt. Zu Seite 162. wird noch in der Beilage 4. eine Entscheidung des Geheimen Ober-Tribunals, entgegengesetzt der in der Beilage 3., gegeben.

Die S. 109. geäußerte Hoffnung, daß der Gesetzgeber die harte Bestimmung der Ablöse-Ordnung vom 13. Juli 1829, wonach das Heimfallsrecht, wenn das Gut nur noch auf 4 oder 2 Augen stand, gegen den Willen des Berechtigten nicht abgelöst werden kann, wieder aufheben werde, ist inzwischen in Erfüllung gegangen. Das Gesetz vom 25. April 1835 (Ges. S. S. 53.) hebt jene Befugniß des Berechtigten, die Ablösung zu verweigern, auf, und setzt für diese Fälle die Ablösungsrente, wenn der Heimfall auf 4 Augen steht,

zu 5, und, wenn er auf 2 Augen steht, zu 10 Prozent des Rein-Ertrages fest.

Die S. 162. erwähnte Controverse, ob sich die in der Declaration vom 24. Novbr. 1833 (S. 152. oben) enthaltene Bestimmung über Vererbung eines dem Heimfall unterworfenen Grundstückes nur bis auf den Zeitpunkt der Declaration vom 21. April 1825, oder noch weiter zurückerstrecke, ist inzwischen auch durch die Allerhöchst genehmigte Belehrung vom $\frac{29 \text{ Juni}}{1. \text{ August}}$ 1835 (Ges. Samml. S. 180. 181.) dahin entschieden, daß die Publication der Gesetze vom 21. April 1825 entscheide, vorher aber die gemeinen Vererbungs-Grundsätze entschieden haben.

Beilage 1.

(Zum N. Archiv 1835. S. 118.)

In Sachen des Regierungsraths v. Harthausen zu Bökendorff Kläger modo Revidenten, wider den Ackersmann Philipp Beineke daselbst, Verklagten und Revisen

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Revision richtig, in der Hauptsache aber die vorigen Erkenntnisse des Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Brakel und des Königl. Ober-Landesgerichts zu Paderborn vom 23. März und 21. Oktober 1831 zu bestätigen, dem Revidenten auch die Kosten

Digitized by Google

der 8ten Instanz nebst 20 Thaler Succumbenzstrafe aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Gegen die Folgen der in den Jahren 1827, 1828 und 1829 eingetretenen Säumniß des Beklagten in Entrichtung seiner auf dem Meyergute haftenden gutsherrlichen Prästationen würde sich derselbe durch das Anführen, daß die Verbindlichkeit hierzu streitig gewesen, nicht schützen können, da der Ausgang des Vorprozesses seine Verbindlichkeit hierzu festgestellt hat. Die Klage im Vorprocesse war ihm schon im Jahre 1826 eingehändigt, seitdem befand er sich im Verzuge, dessen nachtheilige Folgen er nur abwenden konnte, wenn er des Processes ungeachtet die laufenden Dienste und Abgaben unter Vorbehalt der Vergütigung für den Fall eines für ihn günstigen Ausfalls des Processes prästirt hätte. Dagegen ist der Haupteinwand desselben, daß die Caducitäts-Klage jetzt überhaupt nicht mehr statt finde, für richtig zu erachten. Allerdings besteht die Paderbornsche Meyerordnung von 1765 als Provinzial-Gesetz noch gegenwärtig, wie aus dem §. 2. des Edikts vom 21. April 1825 Seite 75 der Gesetz-Sammlung zu entnehmen ist. Allein nur neben diesem neuen Gesetz nnd nur in so weit, als sie mit den Bestimmungen desselben nicht in Widerspruch tritt. In diesem Edikt sind §. 15 seq. und §. 43 seq. die Rechte und Verbindlichkeiten des bäuerlichen Besitzers und die Rechte des Gutsherrn

umfassend festgestellt, worüber der §. 3. daselbst voraus-schickt:

„unter den gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnissen, worüber der 2. Titel des gegenwärtigen Gesetzes verfügt, sind alle Rechte von gutsherrlicher Natur und die denselben entsprechenden Verpflichtungen zu verstehen. Welchen Rechten eine solche gutsherrliche Natur zuzuschreiben ist, ist in jedem Landestheil nach dessen, vor der fremden Herrschaft bestandenen, Verfassung und Herkommen zu beurtheilen, und dabei auf die sonstige Eigenschaft der Güter und Personen, zwischen welchen diese Verhältnisse obwalten, nicht zu sehen."

Unter den Gesichtskreis dieses Gesetzes gehören daher unzweifelhaft die Meyergüter auch, und namentlich die Meyergüter im Dorfe Bökendorff, welches der Gutsherrlichkeit und Gerichtsherrlichkeit der Familie v. Harthausen als Besitzer der Güter Apenburg und Bökendorff unterworfen war.

Auf das Verhältniß des Verklagten wegen seines in Bökendorff besitzenden Meyerguts findet daher das gedachte Regulirungs-Gesetz volle und direkte Anwendung. Die frühern Provinzial-Gesetze, mithin die Paderbornsche Meyer-Ordnung, so weit sie durch das Patent wegen Wiedereinführung des Allg. Landrechts vom 9. Septbr. 1814 §. 2. überhaupt aufrecht erhalten sind, sollen nebst der allgemeinen Gesetzgebung nur als subsidnarisches Recht angewendet werden.

Dies vorausgeschickt findet sich aber in dem Regulirungs-Gesetz nirgends eine Bestimmung, daß der bäuer-

liche Besitzer sein erbliches Besitzrecht deshalb verlieren sollte, weil er während einer gewissen Zeit die gutsherrlichen Prästationen im Rückstande gelassen hat. Vielmehr folgt aus dem Zusammenhalt des §. 115., der in specie anordnet, wie es wegen rückständiger Abgaben und Leistungen gehalten werden soll, daß der Gutsherr modo Obereigenthümer wegen solcher Rückstände sich nur der gewöhnlichen Beitreibungsmittel nach den allgemeinen Gesetzen bedienen kann, ibidem in fine Seite 91. sofern nämlich von solchen Rückständen, die nach Publication des Regulirungs-Gesetzes aufgeschwollen sind, wie hier — die Rede ist, da ältere Rückstände zum Theil gänzlich niedergeschlagen, zum Theil nur terminsweise nach deßfalls festgesetzten den bäuerlichen Besitzer begünstigenden Maaßgaben zu berichtigen sind.

Der Gutsherr kann daher wegen dergleichen Prästations-Rückstände nur auf Bezahlung nicht aber auf Einziehung des Guts klagen.

Dies geht noch deutlicher aus §. 53. hervor: wird der nutzbare Eigenthümer unvermögend, die auf dem Gute haftenden Lasten und Abgaben zu entrichten, so ist der Obereigenthümer auf gerichtlichen Verkauf des Guts anzutragen berechtigt §. 35.: aus dem gelöseten Kaufgelde ist zunächst der Obereigenthümer seine Befriedigung wegen des rückständigen Zinses oder sonst durch die Schuld des gewesenen nutzbaren Eigenthümers ihm entstandenen Schäden und Kosten zu nehmen befugt. Der Ueberrest verbleibt dem gewesenen nutzbaren Eigenthümer, dessen Erben oder Gläubigern.

Digitized by Google

Hiernach hat also der Gutsherr oder Obereigenthümer nicht das Recht, das Gut für sich einzuziehen, sondern nur aus dem Kaufgelde desselben seine Befriedigung zu entnehmen, und der etwaige Ueberrest verbleibt dem Schuldner.

Er, der bäuerliche Besitzer, ist jetzt nicht mehr Colon und Meyer im Sinne der Paderbornschen Meyer-Ordnung, sondern nutzbarer, oder, wenn keine Dienste auf dem Gute haften, sogar voller Eigenthümer der Stätte, nach Inhalt des Regulirungs-Gesetzes und daher der Caducität der Stelle wegen rückständiger Abgaben nicht mehr unterworfen. Diese klaren Bestimmungen sind völlig hinreichend, die vorigen, den Kläger mit seiner Caducitäts-Klage abweisenden, Entscheidungen zu rechtfertigen.

(L. S.) (gez.) Sack.

Beilage 2.

(Zum N. Archiv 1835. S. 132.)

Erkenntniß.

In Sachen des Grafen Max von Korff-Schmising, als Besitzers des Guts Tatenhausen, Klägers und Revidenten, wider den Colonen Johann Friedrich Topp zu Kleikamp, den Kaufmann Wilhelm Kisker als Adjudicatar der Topps-Stätte, nicht minder die hypothekarischen Gläubiger des Topp, Wilhelm und Anton Kisker in Halle und Bendix Meyersohn in Werther, Verklagten und Revisen,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß formalia revisionis richtig, auch zur Sache sententiae a quibus de publ. den 27. März 1828 und 12. Februar 1829 dahin zu ändern, daß Revident nicht, wie geschehen, abzuweisen, vielmehr das Fortbestehen des demselben an der Topps-Stätte zu Kleikamp zuständig gewesenen Heimfallsrechts und das Recht desselben zur Einziehung des Guts nach dem dereinstigen Ableben des Colonen Johann Friedrich Topp anzuerkennen; die Frage jedoch, welche von den auf das Gut contrahirten Hypotheken Revident bei Einziehung des Guts anzuerkennen schuldig sey, zum besondern und erst, wenn jener Fall eintritt, zu erörternden Verfahren zu verweisen, nicht minder beiden Theilen ihr Recht in Beziehung auf die Ablösung des Heimfallsrechts nach §. 75. der Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829 vorzubehalten und die Kosten aller Instanzen mit Niederschlagung der in appellatorio erkannten Succumbenzstrafe zu vergleichen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Wenn die vorigen Richter den Kläger, zu dessen Gute Tatenhausen die Topps-Stätte vormals eigenbehörig war, mit seinem Antrage, das ihm an derselben zustehende Heimfallsrecht, trotz der im Jahre 1827 stattgehabten nothwendigen Subhastation der Stätte, anzuerkennen — lediglich abgewiesen und ihm nur seine Abfindung für gutsherrliche Rechte vorbehalten haben, so widerstrebt diese Entscheidung der ausdrücklichen Vorschrift im §. 23. des Gesetzes über den Grundbesitz für die vormals französisch-hanseatischen Depar-

Digitized by Google

tements vom 21. April 1825; denn darnach soll das Heimfallsrecht in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, als welches hier auf Grund der Minden-Ravensbergischen Eigenthums-Ordnung unbestritten zutrifft — auch fernerhin fortbestehen. Auf alle, während der Fremdherrschaft ergangenen Gesetze, namentlich also auf das kaiserlich französische Decret vom 9. December 1811, welches das Heimfallsrecht gegen eine Entschädigung von $^1/_5$ des Tarwerths aufhob, kann es hier um deshalb nicht ankommen, weil der Colonus Johann Friedrich Topp Wittwer der nach Inhalt der Acten etwa im Jahre 1825 verstorbenen letzten Anerbin und nunmehriger Nutznießer der Stätte bis an seinen Tod, bei Anstellung der Klage im Jahre 1827, 28 Jahre lang im Besitze derselben gewesen war, während der Fremdherrschaft sonach von einem Dritten noch nicht Rechte auf den Besitz der Stätte erworben sind und das Gesetz von 1825, wodurch für jene Gegend das Heimfallsrecht revivisicirte, rücksichtlich dieser Stätte sonach rem integram vorfand, jede Anwendung des §. 91. mithin hier ausgeschlossen bleibt. Alle aus dem Gesetze von 1825 selbst zum Nachtheil des Klägers abgeleiteten Folgerungen aber lassen sich nicht rechtfertigen. Es wird vermeint: weil durch den §. 15. des Gesetzes jedem bäuerlichen Besitzer, welchem zur Zeit der erlassenen fremden Gesetze, ein vererbliches Besitzrecht an dem Grundstücke zugestanden, das volle Eigenthum zugesprochen, davon aber das Recht, zu veräußern und zu verpfänden, unzertrennlich sey, so könne auch fortan das Heimfallsrecht, falls es auch fortbestehe,

Digitized by Google

dennoch nicht weiter in natura, also durch Einziehung des Guts, ausgeübt werden, sey vielmehr nur als eine auf dem Colonate ruhende ablösliche Reallast anzusehen, welche als solche die Disposition über das Grundstück im Ganzen nicht beschränkte. Nun aber hat der §. 23. die Fortdauer des Heimfallsrechts in allen Fällen, in welchen es vor der Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, ohne alle Beschränkung auf gewisse einzelne denselben vormals anhängig gewesenen Rechte, oder auf gewisse Modificationen der Ausübung und vielmehr allgemein ausgesprochen, und die weiter oben geschehene Anerkennung des vollen Eigenthums der bäuerlichen Grundstücke läßt sich sonach nur mit den Maaßgaben verstehen, welche aus dem Heimfallsrecht, da, wo solches noch besteht, entspringen, wie denn ja ein volles Eigenthum in ähnlicher Weise noch auf gar manche Art, z. B. durch Vor- und Wiederkaufs-Recht, oder dergleichen beschränkt seyn kann. Und ganz mit Unrecht auch hat man den Schlußworten des §. 23.: „So lange ein solches Heimfallsrecht unabgelöst besteht, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden;" die Deutung geben wollen, als sey eben nur diese Art der Vererbung fortan die Wirkung des bestehenbleibenden Heimfallsrechts; nichts berechtigt zu der Annahme, daß grade die aus dem Begriff des Heimfallsrechts als das wesentlichste Attribut sich entwickelnde Befugniß zur Einziehung des Guts nach dem kinderlosen Aussterben der berechtigten Familien, von den fortbestehenden Wirkungen ausgeschlossen bleiben solle, und jene

Vorschrift wegen der Vererbung steht offenbar nicht als Begränzung der Wirksamkeit, sondern als begleitende Maaßgabe da. Daß das Heimfallsrecht nur dem Namen nach beibehalten und hinfort nur eine der Ablösung unterworfene Reallast, mit andern Worten nichts als das Recht, eine jährliche Rente zu fordern, geworden sey, ist am bündigsten durch die immittelst emanirte Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829 widerlegt, wonach zufolge des §. 75. dem Grundherrn sogar der Widerspruch gegen die Ablösung offen gelassen ist, sobald das Gut nur noch auf vier Augen steht.

Sonach besteht denn allerdings für den Kläger noch das Recht, die Topps-Stätte nach dem bereits eingetretenen Ableben der letzten Anerbin, und sobald künftig auch das noch fortdauernde Nutznießungsrecht des Wittwers durch dessen Tod erledigt seyn wird, einzuziehen, und der mittlerweile erfolgte Verkauf an einen Dritten kann in jener seiner Befugniß nichts ändern, da die jetzige Klage vor dem Zuschlage angestellt ist, und demgemäß der Verkauf nur unter dem Vorbehalte der beiderseitigen Gerechtsame stattgefunden hat.

Eine ganz andere Frage ist freilich diese: ob und welche von den auf das Gut contrahirten Hypotheken der Kläger, falls er von dem Heimfallsrecht durch Einziehung des Guts künftig Gebrauch machen will, anzuerkennen schuldig sey?

Eine allgemeine Entscheidung hierüber läßt sich im Allgemeinen nicht geben, weil sie rücksichtlich jeder einzelnen Hypothek von dem Zeitpunkte, wann solche con-

Digitized by Google

trahirt ist, und der eben damals gültig gewesenen Gesetzgebung abhängig ist.

Auch ist zeither darüber so wenig instruirt als erkannt, ja es würde sogar für jetzt eine disfällige Verhandlung als unzeitig erscheinen, weil der Kläger in solcher Beziehung nur erst dann, wenn die Einziehung des Guts vor sich geht, als bei der Sache betheiligt angesehen werden kann.

Und wie denn hiernach jene Frage ad separatum zu verweisen war, so rechtfertigt sich auch nicht minder von selbst der beiden Theilen in Beziehung auf die Ablösung des Heimfallsrechts eröffnete Vorbehalt.

(L. S.) (gez.) von Grolmann.

Beilage 3.

(Zum N. Archiv 1835. S. 162.)

In Sachen der verwittweten Colon Bischof zu Dorfbauer, Kirchspiels Lienen, Verklagter und Revidentin, wider die verehelichte Colon Holmerten und deren Ehemann ebendaselbst, Kläger und Revisen,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß formalia revisionis richtig, auch in der Hauptsache das am 27. Juli 1833 publicirte Erkenntiß des zweiten Senats des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Münster dahin abzuändern, daß die zur Präjudicial-Entscheidung gestellte Einrede, daß Kläger nach den bei

den ehemals eigenbehörigen Stätten anwendbaren Rechts-Grundsätzen keine Ansprüche an die fragliche Stätte hätten, nicht wie geschehen, zu verwerfen, vielmehr noch in 2ter Instanz über die Frage: ob Kläger mit dem Antrage auf Vorlegung eines eidlich zu erhärtenden Inventarii über das Vermögen der Eheleute Bischof, wie es sich am Todestage der Colona Bischof den 20. März 1824 vorfand, so wie über alles Dasjenige, was der ungetheilt gewesenen gemeinschaftlichen Masse zugewachsen, sodann auf Herausgabe von $^2/_3$ der so ausgemittelten Hälfte nebst 5% Zinsen seit dem 1. Januar 1832 abzuweisen, oder Verklagte ganz oder theilweise nach diesem Antrage zu verurtheilen seyen, wie auch über den Kostenpunkt, salvo remedio anderweit zu erkennen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Durch gegenseitiges Anerkenntniß steht es fest, daß die Bischofs-Stätte dem Heimfallsrechte noch unterworfen ist, und nach §. 23. des Gesetzes vom 21. April 1825 bei derselben die alte Successions-Ordnung statt findet. Wenn nun der zweite Richter ausführt, daß jene Beibehaltung der alten Erbfolge nur im Verhältniß zur Gutsherrschaft bestehe, auf die Rechte der Besitzer und ihrer Erben keinen Einfluß habe, also zur Erhaltung des gutsherrlichen Heimfallsrechts so lange nur fingirt werde, bis der Heimfall eintrete, so bedarf es seit Erlassung der Allerhöchsten Declaration vom 24. November 1833 keiner weitläuftigen Ausführung mehr um diese Ansicht zu widerlegen. Eben so unhaltbar ist es, wenn der zweite Richter

bemerkt, daß die Frage nicht zur Präjudicial-Entscheidung hätte gestellt werden sollen, weil die Klägerin ihr Erbrecht auf die alte Successions-Ordnung gründe. Er scheint dabei übersehen zu haben, daß Klägerin ihr Erbrecht auf die Vorschriften des Allg. L. R. gründet, Verklagte aber grade deshalb deren Anwendbarkeit bestreitet, weil es bei der alten Erbfolge-Ordnung geblieben sey, also hierauf die Präjudicial-Einrede der Verklagten gegründet, und deshalb auch die Entscheidung jener Frage erheblich ist. Daß die Vorschriften der erwähnten Declaration sich auf den hier streitigen im Jahr 1824 eingetretenen Erbfall beziehen, folgt daraus, daß das Gesetz vom 21. April 1825 im Eingange, das Gesetz vom 25. September 1820 und im §. 1. die betreffenden fremdherrlichen Gesetze ganz aufhebt, und die Bestimmungen des Gesetzes vom 21. April 1825 an deren Stelle setzt, im §. 91. hievon nur solche Gegenstände ausnimmt, welche durch Vergleich, Judicat, oder sonst rechtsgültig festgesetzt sind, und dadurch zu erkennen giebt, daß die Vorschriften des Gesetzes vom 21. April 1825 alle diejenigen Rechts-Verhältnisse einschließen, welche als durch die fremdherrlichen Gesetze rechtsgültig festgestellt angesehen werden sollen, weitere blos aus jenen Gesetzen hergeleitete Rechte nicht anerkannt werden, wenn nicht für dieselben ein singulairer rechtsgültiger Erwerbungstitel z. B. Vergleich oder Judicat vorliegt. Dies bestätigt auch der Inhalt der Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 21. April 1825, mittelst welcher die Gesetze von demselben Tage publicirt sind, indem darin gesagt ist, daß die fremde Gesetzgebung, soweit sie während ihrer kurzen

Digitized by Google

Dauer zur factischen Wirklichkeit gelangt war, einen unzweifelhaften Rechtszustand begründet habe, dieser aber auch in den Gesetzen berücksichtigt sey, worin argumento e contrario liegt, daß, so weit die Gesetze vom 21. April 1825 nicht die Bestimmungen der fremdherrlichen Gesetze aufgenommen, die letzteren im Sinne des Gesetzes zur factischen Wirksamkeit nicht gelangt sind und einen unzweifelhaften Rechtszustand nicht begründet haben.

Es kommt daher nicht darauf an, daß das französisch-hanseatische Dekret vom 9. December 1811 betreffend die Aufhebung des Feudalwesens, das Heimfallsrecht aufgehoben und an dessen Stelle eine Entschädigung von $^1/_5$ des Taxwerthes des verpflichteten Grundstücks gesetzt, solches auch das Gesetz vom 25. September 1820 im §. 53. (Ges. Samml. S. 180.) anerkannt hat, vielmehr reicht es hin, daß das am 24. November v. J. declarirte Gesetz vom 21. April 1825, diese Aufhebung des Heimfallsrechtes nicht annimmt, nach der obigen Ausführung aber jene früheren Gesetze in so weit pro non scriptis zu erachten sind, als die Gesetze vom 21. April 1825 die darin ausgesprochenen Anordnungen nicht als solche anerkannt haben, welche einen unzweifelhaften Rechtszustand begründet hatten. Hieraus folgt nun, daß der erste Richter Recht hat, wenn er annimmt, daß im Jahre 1824 in das dem Heimfallsrecht unterworfene Bischofs-Colonat noch die alte Erbfolge statt gefunden hat.

Ob nun nach den Grundsätzen der Minden-Ravensbergschen Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741, namentlich den darin Kapitel X. §. 6. und 7., Kap. XI.

§. 3. 7. und 10., so wie Kap. VII. §. 1. und 4. gegebenen Vorschriften oder auch eventuell in Folge der dort geltenden provinziellen Gütergemeinschaft die Geschwister durch den Ehegatten von der Erbschaft ausgeschlossen werden, und ob nach jenen Vorschriften alles von der Colona Bischof im Jahre 1800 zur Stätte gebrachte Vermögen, als deren Zubehör zu betrachten ist, also Kläger, wenn sie durch die Ehegattin ausgeschlossen werden, mit ihrem Klageantrage abzuweisen sind, darüber ist in zweiter Instanz noch nicht erkannt, und war daher eine anderweite Entscheidung in appellatorio anzuordnen.

Berlin, den 4. September 1834.

(L. S.) (gez.) Sack.

Beilage 4.

(Zum N. Archiv 1835. S. 162.)

In Sachen des Johann Heinrich Biethauß oder Bistkauß, der Anna Maria Schmiers oder Schmees und des Wilhelm Siepenkötter, Kirchspiels Gladberg, Klägers und Revidenten wider den Colon Sommerhoff im Kirchspiel Buer Verklagten und Revisen,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten für beachtet anzunehmen, in der Sache selbst jedoch die am 21. September 1830 und 29. Mai 1832 eröffneten Erkenntnisse des Königl. Stadtgerichts zu Dorsten und des zweiten Senats des

Digitized by Google

Königlichen Ober-Landesgerichts zu Münster zu bestätigen, Revidenten auch verbunden, die Kosten dieser Instanz allein zu tragen und 20 Thaler Succumbenzgelder zu erlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Heitfeldt-Kotten zu Buer, auf welchen die Kläger gegenwärtig Erbfolge-Rechte geltend machen, ist ein ehemaliges Kurcölnisches (landesherrliches) Hobsgut und dem Heimfallsrechte unterworfen.

Als der frühere Besitzer Wilhelm Heitfeld am 19. September 1810 verstarb, war in der Beschaffenheit des Guts noch keine Veränderung eingetreten. Nach dem §. 10. der Herzoglich Arembergschen Verordnung vom 22. Januar 1808 war es vielmehr des, durch dieselbe eingeführten, französischen Gesetzbuchs ungeachtet wegen der Hobsgüter bei der frühern Verfassung ausdrücklich belassen.

Es gelangte daher der Heitfeld-Kotten nach dem am 19. September 1810 erfolgten Tode des gedachten Wilhelm Heitfeld auf seine Schwester und Anerbin Elisabeth verehelichte Kleinebeste, und da diese am 6. April 1815 verstarb, so ist dieser letzte Zeitpunkt als der der eröffneten Nachfolge in den Kotten zu betrachten.

Damals galt aber noch das Bergische Decret vom 13. September 1811, durch welches die Güter, an welchen die Besitzer nur vererbliche Besitzrechte gehabt, namentlich die Hobsgüter in Eigenthum verwandelt, und

Digitized by Google

der gesetzlichen und gemeinen Erbfolgeordnung unterworfen wurden. Der verehelichten Kleinbeste kam daher das Bergische Decret vom 13. September 1811 zu statten; sie erhielt dadurch einen Anspruch auf das volle Eigenthum des Kotten, sie konnte über denselben verfügen, und wenn sie das nicht gethan, gingen ihre Rechte zu einer Zeit, als nur die bürgerliche und gemeine Erbfolge in die Hobsgüter statt fand, auf ihre Erben über. Die Kläger würden mithin den fraglichen Kotten überhaupt nur in so fern beanspruchen können, als sie Erben der Elisabeth Kleinbeste geworden. Als solche haben sie sich aber in keiner Art legitimirt und es kann darauf um so weniger eingegangen werden, als Fol. 51. ein wechselseitiges Testament der Besteschen Eheleute vorgelegt und die Frage: ob solches gültig und jedenfalls den von der verehelichten Kleinbeste nachgelassenen Ehemann und dessen Kind zur Succession berechtigt. Fol. 45., kein Gegenstand der eigenthümlichen Verhandlung unter den jetzigen Partheien werden kann. Wirklich haben sich auch die Kläger im Fortgange der Instruktion besonders aber in dieser Instanz weniger auf ihre Eigenschaft als Erben der Elisabeth Kleinbeste als vielmehr auf das Gesetz vom 21. April 1825 und ein ihnen darnach auf den fraglichen Kotten vermeintlich zustehendes besseres Recht gegründet.

Der §. 24. des gedachten Gesetzes, welcher darüber verfügt, und insbesondere verordnet: daß die dem Heimfallsrechte unterworfenen Grundstücke nach den vor Einführung der fremden Gesetze bestandenen Grundsätzen vererbt werden sollen, stehet jedoch den Klägern nicht zur

Seite. Denn abgesehen davon: daß durch jene Vorschrift die alte Successions-Ordnung nicht wieder hergestellt, vielmehr nur damit bestimmt worden, daß, so lange das Heimfallsrecht bestehet, keine Erbfolge, wodurch die Rechte des Gutsherrn beeinträchtigt werden, eintreten darf; handelt es sich gar nicht von einem nach dem Zeitpunkte der Gültigkeit des Gesetzes vom 21. April 1825 sich ereigneten Erbfolgefalle, sondern von einem solchen, der lange vor seiner Verkündigung im Jahre 1815 nach dem Ableben der Elisabeth Kleinbeste sich ergeben hat. Diesen kann das neue Gesetz nicht beherrschen, er muß vielmehr nach den Gesetzen, welche zur Zeit der eröffneten Erbfolge galten, beurtheilt werden, dieses waren die allgemeinen Erbfolge-Gesetze. Nach denselben kam es aber nicht mehr auf die frühere Beschaffenheit des Kotten an, derselbe wurde vielmehr, wie jedes andere Vermögensstück vererbt, und ging mit allen daran der Elisabeth Kleinbeste zuständig gewesenen Rechten auf ihre Erben über, und da sich die Kläger als solche, wie schon gedacht, nicht legitimirt haben, so entbehrt ihr Anspruch aller rechtlichen Begründung. Es mußten daher die vorigen Erkenntnisse bestätigt und als Folge davon den Klägern auch die Kosten dieser Instanz und die gesetzlichen Succumbenzgelder zur Last gelegt werden.

(L. S.) (gez.) Sack.

XXIX.

Die Bestimmung bei der Verleihung von Leib- oder Zeitgewinn-Gütern, daß nach abgelaufener Pachtzeit der Pachter oder dessen Erben zur Pachtung oder zum Gewinn die nächsten seyn sollen, involvirt Erbrecht.

Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt und eingeleitet

von

Sommer.

(II. Ges. vom 21. April 1825. §. 22.)

Nach den Ausführungen bei Rive über das Bauerngüterwesen in den Grafschaften Mark u. s. w. S. 111 ff. ist das Erbrecht an den vorzüglich in der Grafschaft Mark und im Herzogthum Cleve vorkommenden Leib- oder Zeitgewinn-Gütern nicht wohl zu bezweifeln. Allein die Gerichte hatten schon seit längerer Zeit sich an den bloßen Buchstaben der Gewinnbriefe gehalten, und den Ablauf der darin bestimmten Gewinnzeit nicht für den Zeitpunkt der zu ertheilenden neuen Gewinnung, sondern für das wirkliche Ende des Pachtrechtes gehalten. Ja selbst nachdem das II. Gesetz vom 21. April 1825 §. 22. gewisse Criterien für das Erbrecht an diesen Gütern fest-

gestellt, und dagegen blos den Gegenbeweis vorbehalten hatte, hat das Geheime Ober-Tribunal nichts desto weniger den Gegenbeweis schon allein in der gewöhnlichen, das Gewinn auf — Jahre beschränkenden, Clausel der Gewinnbriefe finden wollen, z. B. in den Sachen des Freiherrn von Lilien zu Opherdeke gegen dortige Colonen. Ungeachtet der allgemeinen Bestürzung, die solche, die wahre, selbst vom Gesetzgeber schon anerkannte, provinzielle Natur dieses Instituts nicht durchdringende Erkenntnisse erregt, haben es doch noch einige Bauern gewagt, das Erbe ihrer Väter zu vertheidigen. Es findet sich nämlich in manchen Gewinnbriefen die Clausel, daß nach Ablauf der Gewinnzeit der Pachter oder dessen Erben die nächsten seyn sollen. Man scheint diese Clausel erfunden zu haben, als Einzelne durch die Verleihung auf bestimmte Jahre wegen des Erbrechts beunruhigt wurden. Nahm man nun aber auch diese Clausel wieder nach dem Buchstaben, so begründete sie blos ein, wenig fruchtendes, Näherrecht. Inzwischen hat denn doch hier die richtige Meinung obgesiegt, und sich dadurch die Hoffnung begründet, daß überhaupt diese Güter mehr nach ihrer wahren, bei Rive entwickelten, Natur werden beurtheilt werden. Folgendes sind die Rechtsfälle:

I.

Erkenntniß.

In Sachen der Eheleute Gutsbesitzer Johann Bartholomäus von Weiler zu Wesel, Kläger wider den Kötter Johann Friedrich Hünnebeck zu Baerendorf, Verklagten,

erkennt das Königliche Preuß. Land- und Stadtgericht zu Bochum den Akten gemäß

für Recht:

daß Kläger mit ihrer auf Räumung des Hünnebecks-Kottens Seitens des Verklagten gerichteten Klage unter Verurtheilung in alle Kosten lediglich abzuweisen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Unterm 26. Juli 1782 übertrug der Freiherr Fr. von Vaerst, Besitzer des Guts Baerendorf den dazu gehörigen Hofplatz, Baumgarten, Garten ꝛc. dem Johann Diedrich Hünnebeck auf Lebenslang dergestalt in Pacht, daß derselbe die Gegenstände gegen die Entrichtung eines Pachtzinses von 30 Thlr. 45 stbr. und 2 Thlr. an Vorgewinn nach seiner bestehenden Convenienz nutzen und gebrauchen, auch ein neues Haus darauf erbauen könne, mit der Bestimmung, daß, wenn die Pacht jährlich prompt entrichtet, dem Anpächter nicht nur alle Manutenenz zugesagt, sondern auch dessen Erben und Nachkommen zu dieser Pachtung jedesmal die Nächsten seyn, und vor andern den Vorzug haben, im entgegengesetzten Falle aber Anpächter des erhaltenen Gewinnes verlustig seyn solle.

In Folge dieses Kontracts wurde von dem Anpächter auf diese Grundstücke ein neues Haus erbaut, welches unter dem Namen des Hünnebecks-Kottens jetzt noch besteht.

Nach dem Tode des Anpachters, der am 30. Mai 1798 erfolgte, setzte dessen Wittwe und Sohn, der jetzige

Verklagte, den Besitz des Kottens gegen Entrichtung der Pacht fort; letzterer erhielt auch von seiner Mutter und seinen Geschwistern im Jahre 1816 den Kotten übertragen. Nach dem Tode der Wittwe Hünnebeck traten nun Kläger, die von dem Fr. von Vaerst ihre Rechte ableiten, gegen den Verklagten auf, und trugen auf Ermission desselben an, da er ohne irgend einen Rechtsgrund den Kotten besitze, auch sich weigere, einen auf bestimmte gewisse Jahre bestimmten Pachtcontrakt einzugehen. Verklagter dagegen hält sich zur Räumung nicht verbunden, weil ihm durch den Pachtcontrakt seines Vaters ein erbliches Recht constituirt sey.

Was nun den Legitimations-Punkt betrifft, so wurde solcher nach näherer Einsicht vom Verklagten für berichtigt angenommen.

Von dem Fr. von Vaerst gedieh nämlich das Gut Bärendorff cum pertinentiis an den Geheimrath von Lammers, von diesem aber per testamentum auf die klägerische Ehefrau.

Anlangend die Sache selbst, so hat zwar Verklagter die Criterien des Gesetzes vom 21. April 1825 nicht bewiesen, allein dies ist auch zur Begründung des erblichen Besitzrechts nicht durchaus erforderlich.

Als die nächste Quelle zur Beurtheilung der Frage: Ob dem Besitzer eines Colonats das erbliche Besitzrecht zusteht, sind die demselben ertheilten Leihebriefe zu beurtheilen. Die in dem erwähnten Gewinnbriefe enthaltenen Clauseln: „so sollen dessen Erben und Nachkommen zu dieser Pachtung jedesmal die nächsten seyn, und vor andern den Vorzug haben,“ legen Kläger nun so aus,

Digitized by Google

als wenn Verklagten dadurch nur ein Näherrecht bei einer anderweiten Verpachtung constituirt worden, was aber für sie, Kläger, als eine von dem Fr. von Vaerst übernommene persönliche Verbindlichkeit ohne allen Effect sey. Allein nach der richtigen Auslegung jenes Contracts läßt sich nur annehmen, daß nach der Absicht der früheren Contrahenten den Erben des Johann Diedrich Hünnebeck an zur Kultur gegebenen Grundstücken ein erbliches Besitzrecht constituirt werden sollte Dies ergiebt sich zu deutlich aus den Worten: daß die Nachkommen zu dieser Pachtung die nächsten seyn sollen, das mit andern Worten so viel bedeutet: die Erben sollen berechtigt seyn, gegen diese Pachtbedingung die Pacht nach dem Tode des ursprünglichen Anpachters fortzusetzen. Die am Eingange des Contracts stehenden Worte: „auf Lebenslang verpachten,“ stehen dieser Auslegung nicht im Wege, denn mit dem Johann Diedrich Hünnebeck konnte nur ein Contract bis zu dessen Tode eingegangen werden, nach dessen Eintritt aber gingen die Rechte des ursprünglichen Anpächters auf seine Kinder über.

Daß Verklagter die Pächte nicht bezahlt, ist von Seiten des Klägers nicht behauptet, die Entscheidung wird daher noch mehr gerechtfertigt, da bei den zur Kultur ausgesetzten Grundstücken nach §. 639. Th. I. Tit. 11. des Allg. L. R. in zweifelhaften Fällen anzunehmen ist, daß dergleichen Grundstücke auf die Erben des Besitzers in absteigender Linie übergehen sollen.

Die vom Verklagten eventualiter vorgebrachten Gegenansprüche auf Evictionsleistung der in Folge des Contracts errichteten Anlagen und auf Vergütung der Me-

Digitized by Google

liorationen bedürfen bei dieser Entscheidung der Sache keine weitere Ausführung, welche jedenfalls als überflüssig erscheinen würde.

Der Kostenpunkt wird durch §. 2. Th. I. Tit. 23. der allgemeinen Gerichts-Ordnung bestimmt, und war überall nicht anders, wie geschehen zu erkennen.

Die Kläger appellirten hiegegen, und durch das Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Hamm de publ. 6. April 1832 ward für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Bochum de publ. den 17. und 24. Juni 1831 dahin abzuändern, daß Verklagter schuldig, den Hünnebecker Kotten sammt Pertinentien, wie solche in der Klage auf den Grund des Pachtvertrages vom 26. Juli 1782 beschrieben, zu räumen, dem Verklagten jedoch dessen Rechte wegen Erstattung der Meliorationen zur besondern Ausführung vorzubehalten und im übrigen demselben die Befugniß zuzusprechen, bei einer etwaigen anderweiten Verpachtung des oben beschriebenen Kottens, das Vorrecht geltend zu machen, die Pachtung unter denselben Bedingungen, welche ein neuer Pächter eingegangen ist, zu übernehmen, daß endlich die Kosten beider Instanzen zu compensiren.

Von Rechts Wegen.

Entscheidungs-Gründe.

Aus der Bestimmung des Pachtverleihungs-Briefes vom 26. Juli 1782, daß die Erben und Nachkommen des Pächters zu der Pachtung jedesmal die Nächsten seyn

Digitized by Google

und dazu den Vorzug vor Andern haben ſollten, läßt ſich nicht ſchließen, daß derſelben die Abſicht zum Grunde gelegen habe, den Erben des verſtorbenen Pächters ein erbliches Beſitzrecht zu verleihen; dieſem widerſpricht nicht nur die dem erſten Pächter ausdrücklich auf deſſen Lebenszeit geſchehene Verpachtung, ſondern auch die erwähnte Beſtimmung ſelbſt nach ihrer Wortfaſſung, daß die Erben des Pächters zu einer anderweiten Pachtung die Nächſten ſeyn und dazu den Vorzug vor Ardern haben ſollten, welche eine einzugehende neue Pachtung und eine Concurrenz mehrerer Pachtluſtigen zuläßt und vorausſetzt, wogegen zur Verleihung eines erblichen Beſitzrechts oder einer Erbpacht, die dem Pächter erblich geſchehene Uebertragung des Nutzungsrechts mittelſt des Vertrages, alſo daß letzteres auf deſſen Erben von ſelbſt übergehen ſolle, ohne daß einer neuen Pachtung, zu welcher die Erben die Nächſten ſeyn und dazu den Vorzug vor Andern haben ſollen, Erwähnung geſchehen wäre, erforderlich geweſen ſeyn würde. So wie aus dem vorliegenden Vertrage aber nur die Befugniß der Erben des erſten Pächters, bei einer neuen Verpachtung vor Andern den Vorzug zu verlangen, wenn ſie gleiche Pachtbedingungen, als von Anderen eingegangene, einzugehen ſich bereit erklären würden, abgeleitet werden kann und es unbedenklich nach dem Vertrage in die Willkühr des Pächters geſtellt blieb, dieſe Befugniß geltend zu machen oder nicht, eine anderweite Pachtung einzugehen oder nicht, ſo blieb auch ſelbſtredend dem Verpachter oder Jedem, der in deſſen Rechte trat, eine neue Verpachtung bei Erledigung der Pachtperiode mit dem Ableben des erſten Pächters vorbehalten,

welche nothwendig in dem Vertrage vorausgesetzt ist, wenn den Erben des ersten Pächters zu der jedesmaligen Pachtung den Vorzug vor Andern eingeräumt worden. Dagegen würde die erbliche Uebertragung des Nutzungsrechts, wenn solche in der Absicht der Contrahenten gelegen, die Bestimmung, daß die Erben des Pächters zu der Pachtung jedesmal die Nächsten seyn sollten, der Natur der Sache nach völlig ausgeschlossen haben, und hätte die Uebertragung des Nutzungsrechts auf den Pächter und dessen Erben unbedingt erfolgen müssen, wenn durch den Vertrag ein wechselseitiges Verhältniß der Fortsetzung der Uebertragung des Nutzungsrechts von Seiten des Verpächters sowohl als des Pächters zu begründen, in der Absicht der Contrahenten gelegen hätte.

Es konnte demnach die von dem Richter erster Instanz gewählte Auslegung des fraglichen Vertrages nicht adoptirt und nur, wie geschehen, den gesetzlichen Auslegungsregeln der Verträge und im Uebrigen der Lage der Sache gemäß abändernd entschieden werden.

Die Bestimmung des Kostenpunktes ist gesetzliche Folge der Entscheidung in der Hauptsache.

Proceß-Ordnung Tit. 23. §. 6.

Der Verklagte mußte nun revidiren, und das Geheime Ober-Tribunal erkannte durch ein am 5. October 1833 publicirtes Erkenntniß für Recht:

daß die Förmlichkeiten des eingewandten Rechtsmittels richtig, in der Sache selbst auch sententia a qua de publ. den 6. April 1832 dahin abzuändern, daß das erste am 17. Juni 1831 publicirte Urtel

wieder herzustellen und die Kosten aller Instanzen zu compensiren.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Wenn in dem Pachtverirage vom 26. Juli 1782 stipulirt ist:

daß, wenn der Pächter den übernommenen Verpflichtungen gehörig nachkomme und die Pacht prompt entrichte, seine Erben und Nachkommen zu dieser Pachtung jedesmal die Nächsten seyn und dazu den Vorzug vor Andern haben sollen,

so kann man in dieser Klausel nicht die bloße Zusicherung eines Näher- oder Vorzugs-Rechts bei einer anderweiten Verpachtung erkennen;

denn von der Befugniß des Pächters, nach dem Absterben des ursprünglichen Pächters, falls dieser Erben hinterläßt, eine anderweite Verpachtung vorzunehmen, ist in der fraglichen Stelle nicht die Rede, sondern es ist nur gesagt worden:

daß die Erben und Nachkommen des Pächters jedesmal die Nächsten zur Pachtung seyn sollen,

was unter den eintretenden Verhältnissen nicht anders verstanden werden kann, als

daß, so lange der Pächter den übernommenen Verpflichtungen gehörig nachkomme, ihm die Pachtung nicht abgenommen werden soll,

und

daß ein gleiches Recht auch seinen Erben zugesichert worden.

Digitized by Google

Es ist also hier in der That eine Erbpacht constituirt, und jedenfalls sind wenigstens von Seiten des Verpächters auf eine für ihn verpflichtende Weise dem Pächter Rechte zugesichert worden, die auf seine Erben übergehen. Hiernach kann daher dem Verklagten ein vererbliches Besitzrecht an dem Kotten nicht streitig gemacht werden. Die Klage auf Räumung des Kottens stellt sich als ungegründet dar, und das erste Urtheil mußte wieder hergestellt werden.

II.

In Sachen des evangelischen Kirchen-Consistorii zu Herdecke Klägers und Revidenten, wider den Lohgerber Gottfried Stegmann jun. daselbst Verklagten und Revisen,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß formalia revisionis richtig, in der Sache selbst aber, die, beziehungsweise am 29. Juni 1832 und 29. März 1833 publicirten Erkenntnisse des Königl. Ober-Landesgerichts zu Hamm, unter Verurtheilung des Revidenten in die Kosten, dieser Instanz, zu bestätigen, die gerichtlichen aber niederzuschlagen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Denn daß Verklagter erblicher Besitzer und nach §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825, Eigenthümer

Digitized by Google

des Colonats ist, wird schon durch den Inhalt der Gewinnbriefe dargethan. Nach dem Gewinnbriefe vom 29. Januar 1669, welcher in den Jahren 1696, ferner 1713, sodann 1732, 1751 und 1762 erneuert, auch anerkannt ist, so wie nach dem ebenfalls anerkannten, für den Verklagten ausgefertigten Gewinnbriefe vom 30. Octbr. 1795, ist das Gut von 15 zu 15 Jahren immer an die darin genannten Pächter und deren rechtmäßige Erben verpachtet, auch ausdrücklich bemerkt:

„wenn diese 15 Jahre um seyen, so sollen gedachte Eheleute oder ihre Erben dem Gewinn die Nächsten seyn, wenn sie thun was billig und recht ist."

In dem letzten Gewinnbriefe ist sogar dem Verklagten der Zeitgewinn ertheilt, weil er sich auf sein Anerbenrecht bezogen. Außerdem sind aber auch von den im §. 22. des Gesetzes vom 21. April 1825 aufgestellten Merkmalen der Erblichkeit die der Uebertragung des Guts an einen Verwandten oder Ehegatten des Vorbesitzers in sogar mehr als drei Uebertragungsfällen, der Gleichförmigkeit des Zinses während dieser Zeit und der Tragung der Abgaben von Seiten der Gewinnträger, durch Geständniß des klagenden Consistorii nachgewiesen. Eines von den Neben-Criterien, nämlich das Verbot der Veräußerung und Verpfändung, findet sich in den Gewinnbriefen, und wenn gleich das Eigenthum des Gewinnträgers an den Gebäuden durch die am Kamin befindliche Inschrift: „Soli deo gloria exstructum P. W. C. Witte 1755." noch nicht bewiesen wird, so ist doch in den Gründen des Appellations-Erkennt-

nisses angeführt, daß in einer anderen Proceß-Sache derselben Partheien das Consistorium die Erbauung der Gebäude von Seiten der Vorbesitzer des Colonats eingeräumt habe, ein Umstand, der durch Einforderung der desfallsigen Akten nicht näher erörtert zu werden braucht, weil das vererbliche Besitzrecht schon durch die Gewinnbriefe dargethan ist. Ganz unerheblich ist die Behauptung des Revidenten, daß das Gesetz vom 21. April 1825 keine Anwendung finde, weil das Colonat in einem Städtchen, nicht in einem Dorfe, liegt, da der §. 3. des Gesetzes ergiebt, daß es auf alle Rechte gutsherrlicher Natur ohne Unterschied anzuwenden ist. Eben so wenig kann es in Betracht kommen, daß der Gewinnbrief des Verklagten die Clausel enthält, daß Pächter entsetzt werden sollen, wenn sie sich in der Erfüllung der Bedingungen saumhaft oder nachlässig zeigten, und Kläger behaupten, daß Verklagter unrechtmäßiger Weise Holz gehauen, auch Abgaben und Pächte in Rest gelassen habe, indem eines Theils die Zahlung der Pächte später nachgewiesen, anderen Theils hier nur von Handlungen und Unterlassungen die Rede ist, welche nach Publication der Bergischen Decrete vom 12. December 1808 und 13. September 1811 vorgekommen, wo Verklagter nach §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 schon Eigenthümer war und die im letzteren Gesetze enthaltenen Bestimmungen an die Stelle der in dem Gewinnbriefe enthaltenen Clauseln getreten waren. Hierdurch ist nicht allein der Antrag des Klägers auf Räumung des Gutes, sondern auch der Anspruch auf Ersatz des gefällten Holzes widerlegt, indem die fragliche

Digitized by Google

Holzung, ein Marken-Antheil von 3 Morgen 362 Ruthen holländischen Maaßes, Zubehör des dem Verklagten gehörigen Colonats ist, auf dieselbe also die Vorschriften der §§. 32. bis 34. des Gesetzes vom 21. April 1825 Anwendung finden, welche an die Stelle der Clausel des Gewinnbriefes getreten sind, die dem Gewinnträger nur die wirthschaftliche und forstordnungsmäßige Benutzung des Holzes gestattet und untersagt, das hohe Gehölz eigenmächtig zu verhauen und zu verderben. Die Ausübung eines Mitbenutzungsrechts in seinem Gehölze ist von Seiten des Revidenten nicht behauptet, auch hier eine Entschädigung für die etwaige Beeinträchtigung eines solchen Rechts nicht eingeklagt, weshalb demselben frei stehen wird, wenn eine Mitbenutzung des Waldes von seiner Seite statt gefunden haben sollte, seine hieraus herzuleitenden Ansprüche in separato geltend zu machen.

Die Kosten dieser Instanz fallen nach §. 10. Th. I. Tit. 23. der Allgemeinen Gerichts-Ordnung dem Revidenten zur Last, davon sind jedoch die gerichtlichen niederzuschlagen, da nachgewiesen worden, daß die Kirche zu Herdecke nicht so viel Vermögen besitzt, daß sie Kosten zu zahlen verpflichtet wäre.

Berlin, den 2. October 1834.

(L. S.) (gez.) Sack.

Digitized by Google

XXX.

Entwickelung der Lehre vom jus accrescedn nach Preußischem Recht.

Von

Herrn Ober-Landes-Gerichts-Assessor **Korte** in Tecklenburg.*)

Die Lehre vom jus accrescendi, welche im gemeinen Erbrecht zu den wichtigsten und zugleich bestrittensten gehörte, hat im Preuß. Rechte ihr Interesse nicht verloren und verdient um so mehr eine nähere Entwickelung, als sie, während sie bei den Lehrern des gemeinen Rechts aufs Feinste ausgesponnen wurde, das Allg. L. R. in wenige Paragraphen zusammen gedrängt, die Doctrin aber noch kaum einer näheren Beleuchtung unterworfen hat.

Bei dem Versuche einer Darstellung unseres Zuwachsrechtes erscheint eine Uebersicht der gemeinrechtlichen Theorie als Hinweisung auf die Quelle unseres Gesetzbuches und zur Gewinnung der Vergleichungspunkte unumgänglich nöthig.

Im Römischen Accrescenzrecht muß man dasjenige, welches bei der Intestaterbfolge eintritt, und das testa-

*) Identisch mit dem Verfasser von Nr. IV. und V. des 1sten Heftes dieses Jahrgangs.

mentarische, bei letzterem aber wieder das Accrescenzrecht unter Miterben und dasjenige unter Legatarien unterscheiden. Was nun

1. das jus accrescendi bei der successio ab intestato betrifft, so beruht dieß darauf, daß das Gesetz, welches im Namen des Erblassers über dessen Nachlaß verfügt, für den Fall, wenn der eine oder andere von mehreren zunächst zur Erbschaft Berufenen nicht Erbe seyn kann oder will, unter die übrigen Mitberufenen dessen erledigte Portion nach Verhältniß ihrer eigenen Erbportionen vertheile. Denn aus einer nachfolgenden Klasse kann, so lange in der zunächst berufenen noch Erben vorhanden sind, kein Erbe an des Weggefallenen Stelle treten, und in den meisten Fällen kann auch aus derselben Klasse kein entfernter stehender Erbe, den der Wegfallende ausschloß, sobald neben diesem noch andere Erben berufen sind, in dessen Stelle rücken.

Thibaut, System des Pand.-Rechts. §. 680.

Damit nun die erledigte Erbportion nicht vacant werde, und so der Nachlaß theilweise unrepräsentirt bleibe, muß das Anwachsungsrecht unter den Miterben nachhelfen. Dieses Anwachsen kann nun aber auf eine zweifache verschiedene Weise erfolgen, nämlich:

1) so, daß der erledigte Erbtheil zu dem Complex der Erbschaft als ihrem Ganzen zurück- und dann gleichmäßig auf die sämmtlichen übrigen Miterben sich verfällt, oder
2) so, daß er nicht zu der ganzen Erbschaft, sondern zu einem kleineren, aus dem Complex ausgeson-

Digitized by Google

derten Ganzen als Quote zurückfällt und bloß den zu diesem kleineren Ganzen berufenen Miterben ratirlich zuwächst.

Das erstere ist das allgemeine, das zweite ein engeres Recht des Zuwachses. Das erste bildet die Regel, das zweite die Ausnahme; dort wendet das Gesetz allen, hier nur einzelnen Miterben den Ausfall zu.

Das ganze Princip des jus accrescendi beruht auf einer sachlichen Verbindung, in welche das Gesetz die Erben stellt. In der Regel begründet der ganze Nachlaß diese Real-Conjunktion, das Gesetz beruft sämmtliche Erben zu diesem noch ungetheilten Ganzen; A wird gerufen, B ebenfalls, C desgleichen. Erst ihre Concurrenz begründet eine ideelle Theilung; ständen sie allein, so bekämen sie das Ganze, nun sie aber sich zusammen finden, so decresciren sie sich einander. Sie accresciren sich aber auch unter einander, wenn der Eine oder Andere wegfällt, denn in abstracto hat das Gesetz Jedem das Ganze gegönnt.

§. 4. J. de S. C. Orphit. (3 4.)

Dies ist das allgemeine Accrescenzrecht. Das engere ist ebenfalls die Folge einer Real-Conjunktion, nicht aber jener großen Verbindung durch den ganzen Nachlaß, sondern einer engeren durch einen, aus diesem großen Ganzen für gewisse Erben ausgesonderten, Theil des Nachlasses. Dieses engere jus accrescendi kommt verschiedentlich vor, namentlich bei der successio in stirpes. Denn hier participiren mehrere Individuen (z. B. Enkel oder Geschwisterkinder) vermöge des Repräsentationsrechtes an einer Erbquote, die der, welchen

Digitized by Google

ſie repräſentiren (z. B. ein Sohn oder ein Geſchwiſter des Verſtorbenen) neben denen, welche ihm gleichſtehen, ganz bekommen haben würde. Ihre Concurrenz drängt ſie hier zu einem kleineren Ganzen zuſammen; wäre ein einzelner von ihnen allein vorhanden, z. B. nur ein Enkel, ſo würde ihm das Ganze zu Theil; jetzt decresciren ihm ſeine Genoſſen; aber durch ihren Ausfall accrescirt ihm auch das, was ihm das Geſetz ganz gegönnt hat. Der Ausfall wächſt alſo der stirps und ihren Gliedern, nicht aber der Erbſchaft und der außer den stirps ſtehenden Erben zu. Freilich iſt auch dieß ausgeſonderte kleine Ganze durch ein gemeinſchaftliches Band mit der ganzen Erbſchaft verknüpft; Ausfälle, die in ſie zurückfließen, kommen auch der stirps pro rata zu Gute, und wenn die ganze stirps durch Ausfall ſämmtlicher Glieder ſich erledigt, ſo wächſt ihre Quote, das kleinere Ganze, mit der Erbſchaft wieder zuſammen und accrescirt ſo verhältnißmäßig den außer der stirps ſtehenden Erben.

L. 12. pr. D. de B. P. c. t. (37. 4.)

Ein ſolches engeres Accrescenzrecht findet ſich auch bei dem $^1/_6$, was Concubinenkinder, wenn der Erblaſſer keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hinterläßt, neben anderen Erben ihres natürlichen Vaters erhalten.

Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12.

II. Das teſtamentariſche jus accrescendi kommt nun vor:

A. unter Miterben. Auch hier kommt nun wieder das allgemeine und ein engeres Accrescenzrecht in Betracht. Was

1) das allgemeine betrifft, ſo beruht dieß theils

auf dem Repräsentationsverhältniß, indem der Erblasser für seinen ganzen Nachlaß und nicht bloß theilweise vertreten werden muß, theils auf der Römischen Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. So wie daher, wenn der Erblasser dem heres scriptus auch nur eine Partikel des Nachlasses ausdrücklich beschieden hat, dennoch das Uebrige nicht an die Intestaterben fällt, sondern der eingesetzte Erbe den ganzen Nachlaß erhält; eben so fällt, wenn von mehreren institutis einer ausfällt, dessen Portion nicht an die Intestaterben, sondern accrescirt den übrigen Testamentserben. Es wird gesetzlich vermuthet, als habe der Testator dieselben sich wechselseitig substituirt.

Dieses allgemeine Accrescenzrecht der Testamentserben stimmt also mit demjenigen der Intestaterben der Wirkung nach überein. Hier wie dort tritt es ein, wenn ein Nebenmann vor dem Erwerb der Erbschaft stirbt, unfähig wird, oder sie ausschlägt, wenn also ein suus heres vor dem Tode des Erblassers stirbt oder unfähig wird, oder nachher von seinem beneficio abstinendi Gebrauch macht, und wenn ein heres extraneus oder scriptus vor der Antretung stirbt oder unfähig wird, oder repudiirt; hier wie dort haben die übrig bleibenden das Recht und die Nothwendigkeit, den vacant gewordenen Antheil hinzu zu nehmen; er accrescirt ihnen ipso jure, wenn sie anders überhaupt antreten wollen. Haben sie ihren Antheil schon angetreten, so bedarf es keiner Antretung für den vacanten Theil.

L. 2. §. 8. D. de. B. P. s. t. (37. 11.)

L. 6. pr. D. de B. P. (37. 1.)

Digitized by Google

L. 80. D. de acquir. her. (29. 2.)

Sind in einem Teſtament die übrigen zu ungleichen Theilen eingeſetzt, ſo accrescirt ihnen der vacante Theil pro rata.

L. 13. §. 3. D. de her. instit. (28. 5.)

Für den Fall einer Beſchwerung der zuſammenwachſenden Portionen mit Legaten ꝛc. tritt dann ferner bei der teſtamentariſchen Erbfolge die Regel ein: Iſt die anwachſende Portion überſchwert, ſo bleiben die Portionen geſchieden, und das Vermächtniß wird bloß aus jener entrichtet; iſt dagegen die Portion deſſen, dem accrescirt, überſchwert, die anwachſende frei, ſo wird vereinigt, und das Legat iſt aus beiden, mit Einrechnung der eigenen Portion in die quarta Falcidia, zu entrichten.

L. 78. 87. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

Bei der teſtamentariſchen Erbfolge läßt ſich endlich auch noch fragen: Kann der Teſtator dieſes allgemeine jus accrescendi verbieten? Ja, aber lediglich ſo, daß dem etwa ausfallenden Erben ein Subſtitut ernannt wird, der ſtatt der Miterben die Portion an ſich nimmt, nicht aber durch ein Verbot ſchlechtweg. Denn da bliebe der Erblaſſer für einen Theil ſeines Nachlaſſes gegen das Rechtsprinzip unrepräſentirt, und an die Inteſtaterben kann derſelbe nicht fallen, weil ſonſt ein pro parte testatus, pro parte intestatus herauskäme.

2) Soll ein engeres Accrescenzrecht eintreten, ſo muß der Teſtator aus der Geſammtzahl der ernannten Erben, welche das allgemeine Band der Erbſchaft unter einander verknüpft, einzelne Erben wieder mit einem engeren Bande vereinigen, er muß ihnen einen Theil

Digitized by Google

der Erbschaft dergestalt zuwenden, daß nach seiner Absicht dieß kleine Ganze erst unter ihnen bei entstehenden Ausfällen den Kreislauf vollendet haben muß, ehe es in die Haupterbschaft zurückkehren und deren übrigen Portionen accresciren kann. Ob nun der Testator eine solche engere Conjunction habe stiften wollen, kann oft zweifelhaft seyn und ist dann Gegenstand der **interpretatio voluntatis.**

Man unterscheidet drei Fälle der Conjunction; mehrere Erben sind entweder **re et verbis**, oder **re tantum** oder **solis verbis conjuncti. Re conjuncti** oder **disjuncti** sind diejenigen, welche zwar nicht in demselben Satz, aber doch vollständig zu derselben Sache gerufen sind. Sind diese **re conjuncti** zugleich copulativ in derselben Proposition verbunden, so heißen sie **re et verbis** oder **mixtim conjuncti. Verbis conjuncti** sind endlich die, welche, unter Anweisung von idealen Antheilen am Ganzen, in demselben Satz ohne Disjunction genannt sind.

L. 142. D. de V. S. (50. 16.)

Darüber ist man nun einig, daß eine bloße Verbal-Conjunction keinen derartigen Vorzug begründen kann.

L. 66. D. de her. instit. (28. 5.): Si ita quis heredes instituerit: Titius heres esto, Gajus et Mevius aequis ex partibus heredes sunto; quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditа-

Digitized by Google

riis portionibus; quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur.

Denn hier ist zwischen Gajus und Mevius das eine $^1/_2$ wieder in 2 Viertel subdividirt; die Verbindung ist also eine bloß figürliche, keine sachliche; es ist so gut, als wenn alle drei separat, Titius zu $^1/_2$, Gajus zu $^1/_4$ und Mevius zu $^1/_4$ eingesetzt wären.

Der Streit beginnt bei den re conjunctis (disjunctis). Beide Parteien gaben dem re et verbis (mixtim) conjunctis ein engeres Accrescenzrecht,

vergl. L. 20. §. 2. L. 59. §. 2. D. de her. instit. (28. 5.)

nur die eine aber will es auch den bloßen re conjunctis zugestehen. Diese sagt denn, die sachliche Verbindung sey es, worauf es allein ankomme, und die Verbal-Conjunction bei den mixtim conjunctis habe nur in so fern Werth, als sie auf eine vom Testator beabsichtigte Real-Conjunction schließen lasse; wogegen die, welche den re conjunctis einen Vorzug absprechen, den Vorzug der mixtim conjuncti nicht von der in dieser Verbindung liegenden Real-Conjunction allein, sondern von der Concurrenz der Verbal- mit der Real-Conjunction ableiten. Die erste Ansicht ist von Göschen, observationes, pag. 99. 100., von Neustetel und Zimmern, Unterss. 1. Bd. S. 89. 95. und v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civ. Rechts, 2 Bd. §. 513., verfochten, die zweite, welcher auch die Praxis beigetreten ist, hat Thibaut, Pandekten, §. 844. und Höpfner, Institutionen, §. 492., zu Gewährsmännern.

Digitized by Google

Hält man es überhaupt einmal für vernunftgemäß, daß durch derartige Conjunctionen unter Miterben ein engeres Recht des Zuwachses entstehe, so ist gewiß die Ansicht die vernünftigere, daß es die engere sachliche Verbindung, die ungetheilte Berufung Mehrerer zu einem einzigen Erbtheil sey, welche ein Vorzugsrecht begründe, und daß die Disjunction oder Copulation in der Redeformel gleichgültig sey. Mag nämlich der Testator sagen: A und C sollen meinen halben Nachlaß haben, B die andere Hälfte desselben, oder: den A setze ich auf die Hälfte meines Nachlasses ein, B auf die andere Hälfte, den C berufe ich auf dieselbe Hälfte, die für A ausgesetzt ist; — so sind beide Male A und C ohne reelle Theilung auf ein ganzes $^1/_2$ berufen, nnd bei der Disjunction ist es sogar noch evidenter, daß sie in einen und denselben Erbtheil pro indiviso haben zusammengedrängt werden sollen.

Nichts desto weniger hat diese Ansicht die Gesetze gegen sich. Schon die Pandekten begünstigen die re tantum conjnnctos nicht.

L 59. §. 3. l. c.: Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit.

L. 63. eod.: Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur hoc interest: quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet;

sin autem ex separatis, ad omnes, qui in testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Ganz entſcheidend iſt aber die L. un. §. 1. Cod. de caducis tollendis (6. 51), wo es heißt: Sin vero quidam ex heredibus institutis permixti sunt, et alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati, tunc, si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omni modo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, i. e. pro parte hereditatis, quae ad eos pervenit. Sin antem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat, hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos quam etiam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem conjunctorum sibi heredum quasi sua praeoccupant: disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum antem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.

Man könnte zur Beſeitigung dieſer Stellen zwar anführen, daß unter den disjunctis oder separatis nicht ſowohl die in verſchiedenen Sätzen auf eine und dieſelbe Erbportion Berufenen, als vielmehr die auf verſchiedene Erbtheile beſonders und einzeln für ſich eingeſetzten Erben zu verſtehen ſeyen, der Ausdruck conjuncti dagegen auf alle Arten verbundener Erben, insbeſondere

auf die re conjunctos sowohl, als auf die re et verbis conjunctos sich beziehe. Allein daß der Ausdruck conjuncti, wenn er auch im Allgemeinen jene Bedeutung hat, doch vorzugsweise die re et verbis conjunctos bezeichne, ergibt sich aus L. 142. D. de V. S. (50. 16.), wogegen bloße re conjuncti technisch distincti, separatim oder disjunctim instituti heißen.

Gajus. Lib. 2. §. 199. 205. 215. 223. — Ulp. Fragm. Tit. 24. §. 12. 13. — §. 8. J. de legatis (2. 20.) — L. 1. §. 3. D. de usufr. accr. (7. 2.) — L. 33. pr. D. de leg. I. (30.) — L. 13. §. 1. L. 41. pr. D. de leg. II. (31.) — L. 30. D. de cond. et demonstr. (35. 1.)

Und daß namentlich in der L. unica §. 10. C. de caduc. cit. unter disjunctis die re conjuncti verstanden sind, ergibt sich klar aus dem gleich nachfolgenden §. 10 ibid.

Archiv für Civ. Prax. 7. Bd. S. 406 ff.

Scheinbar für die andere Ansicht scheint L. 18. pr. D. de her. instit. (28. 5.) zu sprechen. Allein eines Theils müßte diese Stelle der neueren Bestimmung des Codex weichen, andern Theils läßt ja auch eben diese Stelle, wiewohl sie von einem conjunctim eos videri institutos spricht, zwischen den beiden disjunctis eine subdivisio der, beiden disjunctis beschiedenen, semissis eintreten, indem sie sagt: duo quadrantes ferant, statt daß sie bei der Annahme einer wirklichen

Digitized by Google

Conjunction hätte sagen müssen: alteram semissem conjunctim ferant.

Wenden wir uns nun

B. zu dem jus accrescendi unter Legatarien, so tritt dasselbe nicht, wie das allgemeine Zuwachsrecht unter Miterben, nothwendig und unmittelbar nach dem Recht ein, sondern es beruht allemal und zuerst auf dem Willen des Testators; denn die Legatarien sind nie, wie die Erben immer, auf die Erbschaft als Ganzes angewiesen. Fällt daher ein Legat aus, so kehrt es in der Regel zur Erbschaft zurück. Legatarien sind nicht, wie Erben, sich stillschweigend wechselseitig substituirt. Dieß kann erst aus einer von dem Erblasser vorgenommenen Conjunction geschlossen werden, und diese muß, da hier keine allgemeine Real-Conjunction ist, eine engere seyn. Diese entsteht durch eine Mehreren geschehene Zuwendung derselben Sache. Wenn der Testator Theile dieser vermachten Sache bestimmte, so tritt auf keine Weise eine solche Real-Conjunction ein; z. B.: A. dimidiam fundi, B. alteram dimidiam lego. Fällt hier B aus, so accrescirt dem A sein Theil nicht, wie wohl sie auf dasselbe Object angewiesen sind, sondern der Erbe erhält die Hälfte des B. zurück.

L. 84. §. 1. D. de leg. I. (30.)

L. 6. §. 1. D. communia praed. (8. 4.)

Nur, wo keine Theile vorbestimmt sind, mithin erst partes concursu fiunt, findet das jus accrescendi statt. Also

1) dann, wenn ihnen zusammengenannt, conjunctim, dieselbe Sache ungetheilt vermacht wird; z. B. Titio

et Gajo fundum do lego, (re et verbis conjuncti.)

L. 89. D. de leg. III. (32.)

2) Oder dann, wenn jedem für sich allein, disjunctim, separatim, dieselbe Sache in solidum vermacht war; z. B. Titio fundum do, Gajo eundem fundum do (re conjuncti, verbis disjuncti.)

L. 1. pr. §. 3. D. de usufr. accr. (7. 2.)

So findet denn in folgendem Beispiel ein doppeltes Accrescenzrecht statt: Gajo et Sejo fundum do lego, eundem fuudum Titio lego. Gajus und Sejus sind als re et verbis conjuncti in eine Hälfte zusammengedrängt, indem Titius die andere haben soll; da sie aber ungetheilt in diese Hälfte gedrängt sind, so accresciren sie sich erst einmal unter einander allein; und da zwischen Titius und den beiden anderen auch nicht von Haus aus getheilt, sondern nur eine Disjunction vorgenommen ist, so fällt durch das Ausfallen des Titius den beiden auch sein Theil zu, wogegen er, wenn beide wegfallen, ihre Hälfte dazu bekommt. Es gehn also die beiden mixtim conjuncti dem bloßen disjunctus, re tantum conjunctus, vor.

L. 41. pr. D. de leg. II. (31.) L. 89. D. de leg. III. (32.)

In L. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6. 51.) hat Justinian noch die Frage entschieden, ob, wenn auf ein solches wegfallendes Legat ein Fideicommiß gelegt ist, dann der Theil cum oder sine onere accrescire, und ob sich der übrige Collegatar die Accrescenz gefallen

Digitized by Google

lassen müsse, wenn er seinen ursprünglichen Theil behalten will. Nach dieser Entscheidung braucht der mixtim conjunctus nicht, will er aber, so accrescirt cum onere. Der re tantum conjunctus muß, aber sine onere; und der Grund ist, weil dem letzteren von Anfang separatim das Ganze gegeben ist, der mixtim conjunctus dagegen, der dem Testator gleich in derselben Zeile verbunden vor der Seele stand, aus gesetzlicher Güte noch ein neues Legat dazu erhält, was er sich zwar verbitten kann, wenn er es aber zuläßt, mit den, seinem Collegatar aufgelegten Lasten übernehmen muß.

3) Bloße verbis conjuncti (z. B. Titio et Mevio fundum aequis partibus do) accresciren sich nicht; denn jedem ist sein Theil für sich als ausschließliches Ganze gegeben.

L. 80. D. de leg. III. (32.)

Nichts desto weniger wollen Viele (und dieser Meinung hat sich, wie sich unten ergeben wird, das Allg. L. R. angeschlossen) auch den bloßen verbis conjunctis einen Vorzug geben. Sie stützen sich in dieser Beziehung auf L. 89. D. de leg. III. (32.) Allein dieses Fragment bezieht sich nicht auf das regelmäßige jus accrescendi, sondern, wie schon die Inscription: ad legem Juliam et Papiam Poppaeam zeigt, auf Privilegien gegen die Caducität der lex Julia et Papia Poppaea.

Eine Ausnahme von der obigen Regel tritt ein:

a) wenn noch erst, um die Virilportionen zu bestimmen, ein äußerer ungewisser Umstand hinzukommen muß;

z. B. Titio et posthumis fundi viriles partes do lego.

L. 16. §. 2. D. de leg. I. (30.)

Hier können viele oder wenige posthumi geboren werden, und so ist nicht voraus bestimmt, wie groß der Antheil des Titius seyn möge. Fällt einer oder fallen alle vor dem Erwerb weg, so kommt ihm das zu Gute.

b) Wenn durch das Hinzutreten eines Dritten zwischen bloßen verbis conjunctis und diesem eine Real-Conjunction erzeugt wird, so findet zwischen dem dritten disjunctus einerseits, und den verbis conjunctis andererseits eine Accrescenz statt; denn auch hier partes concursu fiunt; z. B. Mevio et Sejo fundum aequis partibus do, eundem fundum Titio do; oder, was dem gleich ist: Mevio dimidiam fundi, Sejo dimidiam lego; eundem fundum Titio lego.

L. 41. pr. D. de leg. II. (31.)

Gehn wir nun zur landrechtlichen Lehre vom Accrescenzrecht über, so erscheint letzteres in seinem Wirkungskreise dahin erweitert, daß es nicht allein bei der Intestaterbfolge und aus einem Testamente, sondern auch aus Erbverträgen statt finden kann. Es weichen aber die Grundsätze des gemeinen und des Preußischen Rechtes bedeutend und zwar bedeutender von einander ab, als es bis jetzt zur Sprache gekommen ist. Was nun zunächst

I. das jus accrescendi unter Intestaterben betrifft, so ist schon bei diesem eine bedeutende Abweichung von dem gemeinen Recht in so fern einge-

treten, als eine Accrescenz bei uns weit seltener, als dort, statt finden kann. Denn nach Röm. Recht bewirkte erst die Antretung der Erbschaft, daß das jus successionis mit seinen Folgen auch auf den Erben des Erben überging. Starb der Erbe vor dem Erwerb der Erbschaft, oder schlug er ihn aus, so bekam sein Erbe die jenem blos deferirte Erbschaft nicht, sondern es fand das jus accrescendi statt. Nur die Transmissionsfälle konnten eine besondere Ausnahme begründen. Nach Preuß. Recht ist aber die transmissio ex capite suitatis generalisirt. Sobald der Anfall der Erbschaft erlebt ist, überträgt man ohne Antretung sein Erbrecht auf seine Erben über.

Allg. L. R. I. 9. §. 367—370.

Wenn Kinder des Erblassers sterben, so tritt deren Descendenz, und wenn Geschwister mit Tode abgehen, so treten deren Descendenten in infinitum ohne Weiteres an deren Stelle und erben den ihren Eltern bestimmten Erbtheil; dies findet sogar statt, wenn die Kinder oder Geschwister die Delation nicht erlebt, oder den Erbtheil ausgeschlagen haben. Denn die Descendenten der Kinder und Geschwister erben nicht jure repraesentationis, sondern proprio jure.

Allg. L. R. II. 2. §. 352 ff. 443. — II. 3. §. 35—40.

Nur bei den Ascendenten der Eltern und bei den Descendenten der entfernteren Seitenverwandten ist ein solches Devolutionsrecht nicht zulässig, indem hier die dem Grade nach Näheren die Entfernteren ausschließen.

Allg. L. R. II. 2. §§. 492. 497. 517. 518. — II. 3. §. 46 ff.

Digitized by Google

Es findet also unter Intestaterben nur ein jus accrescendi statt:

1) unter Descendenten: wenn unter ihnen ein Ausfallender oder Entsagender keine weitere Descendenz hinterläßt, die an seine Stelle tritt;
2) unter vollbürtigen oder Halbgeschwistern resp. deren Descendenten, sofern der Wegfallende keine weiteren Abkömmlinge hinterläßt;
3) unter Ascendenten unbedingt;
4) unter entfernteren Collateralen eben so unbedingt.

Allg. L. R. I. 9. §. 406.

Wo es nun aber eintritt, da ist es eine Wirkung der unter den Miterben bestehenden Real-Conjunction durch den Nachlaß als Ganzes, das vollständig repräsentirt werden muß.

Allg. L. R. I. 9. §§. 328. 350. 367. 368. 418.

Das Gesetz hat, wenn es den Nachlaß Mehreren zuwendet, dabei vorausgesetzt, daß jeder einzelne zur Zeit des Anfalls noch als Erbe existire oder noch Erbe seyn wolle. Existirt oder will er dann nicht, so vereinigt sich der ihm zugedachte Antheil an der Repräsentation des Nachlasses jetzt in der Person der übrigen Berufenen.

Allg. L. R. I. c. §§. 371. 372. 375. 378. 380. 381. 406. — 12. §. 281.

Bei der Frage, in welcher Art ein solcher Zuwachs geschehe, muß man nun ferner das allgemeine von dem engeren Accrescenzrecht unterscheiden.

1) Das allgemeine jus accrescendi anlangend, so macht dieß hier, wie im Röm. Recht, die Regel aus,

Digitized by Google

und der Zuwachs vertheilt sich auf alle Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile gleichmäßig.

Allg. L. R. I. 12. §. 282. — II. 2. §. 490.

2) Auch ein engeres Accrescenzrecht muß man da annehmen, wo das Gesetz einen einzelnen Erbtheil gleichsam als kleineres Ganze für mehrere Individuen aussondert und diese in Betreff dieses Erbtheils als eine Person betrachtet wissen will. — Wo dieß der Fall ist, da nehmen sie an dem allgemeinen Accrescenzrecht mit der Erbquote, die sie insgesammt repräsentiren, ebenfalls Theil; fällt aber aus ihrer Zahl der Eine oder Andere aus, so findet bloß unter ihnen, mit Ausschluß der übrigen Erben, der Zuwachs statt, und erst, wenn sie alle ausscheiden, wächst die erledigte Erbquote den übrigen Erben, vermöge der allgemeinen Real-Conjunction durch den ganzen Nachlaß, zu. Ein solches engeres Accrescenzrecht findet nun statt:

a) bei aller successio in stirpes (nach Linien). Das Gesetz spricht sich zwar nicht ex professo darüber aus; es folgt aber aus seiner Absicht.

Allg. L. R. II. 2. §. 351. — II. 3. §. 38. 42.

Denn, so wie in den ganzen Nachlaß die unmittelbar von dem Erblasser entspringenden Hauptlinien succediren, so sollen die unter einer Hauptlinie stehenden Unterlinien in den Antheil dieser Hauptlinien succediren. Dadurch ist offenbar eine Special-Succession in die Portion einer Hauptlinie und eben damit die Disjunction der in der stirps zusammenstehenden Personen von den übrigen Erben vorgeschrieben. Für sie ist die dieser stirps gebührende Erbtheil so ausschließlich bestimmt,

Digitized by Google

daß, sowie bloß sie sich unter einander in dem Maaße ihrer Participirung beschränken, sie sich durch ihr etwaniges Ausfallen auch bloß für und unter einander dieses Maaß erweitern.

b) Kinder aus einer Ehe zur linken Hand erhalten, wenn keine Abkömmlinge aus einer Ehe zu rechten Hand, wohl aber andere nahe Verwandte ihres Vaters vorhanden sind, wenn ihrer nur 3, $^1/_3$, und wenn ihrer mehrere sind, $^1/_2$ der Erbschaft, und theilen sich in diese Erbportion nach den wegen der Erbfolge der Descendenten überhaupt vorgeschriebenen Grundsätzen.

Allg. L R. II. 2. §. 580. 581. 584.

Ohne Zweifel ist auch diese Portion nach Art einer Abfindung von dem übrigen Nachlaß abgesondert und ausschließlich für die betreffenden Kinder bestimmt.

c) Eben dieß ist mit dem, anerkannten unehelichen Kindern aus dem Nachlaß ihres Vaters gebührenden, $^1/_6$ der Fall.

Allg. L. R. II. 2. §. 652.

d) Wenn ein geschiedener Ehegatte seinen Kindern noch bei Lebzeiten einen Pflichttheil aussetzen muß, so wächst, wenn eins von diesen Kindern ohne erbfähige Abkömmlinge stirbt, dessen Pflichttheil seinen vollbürtigen Geschwistern und deren Abkömmlingen zu.

Allg. L. R. II. 2. §. 467.

II. Das testamentarische Accrescenzrecht.

A. Unter Miterben. Das Allg. L. R. weicht hier viel bedeutender von den Grundsätzen des Röm. Rechts ab. Mit Einem Wort kennt das Gesetz hier nur das allgemeine jus accrescendi. Sollen einzelne

Digitized by Google

Erben in eine ausschließliche Verknüpfung gebracht werden, so ist dazu eine ausdrückliche Erklärung dieser Absicht, mithin eine förmliche Substitution erforderlich; oder es muß, wenn das Gesetz eine Conjunction vermuthen soll, eine noch engere sachliche Vereinigung die collective Berufung auf einen Erbtheil zu einer ausschließlicheu Gemeinschaft consolidiren. Worin diese sachliche Vereinigung nach Preuß. Rechte bestehen müsse, wird sich unten näher ergeben.

Ohne diese evident ausgedrückte Absicht des Testators gibt es also nur ein Zuwachsrecht, was sämmtlichen Erben gemeinschaftlich ist. Dieser Zuwachs geschieht nach eben dem Verhältnisse, nach welchem der Hauptnachlaß, vermöge des Testaments oder vermöge der Gesetze, unter die Miterben zu vertheilen ist.

Allg. L. R. I. 12. §. 282.

Die oben bereits im Allgemeinen berührte Frage, wie der Testator das allgemeine Accrescenzrecht zum Vortheil gewisser Erben ausschließen und einen ausschließlicheren Vorzug unter ihnen begründen könne, beantwortet das Gesetz dahin:

1) durch Substitution.

Allg. L. R. I. 12. §. 281. 50 ff.

Er kann also verordnen: Den A und B setze ich auf die Hälfte meines Nachlasses dergestalt ein, daß, wenn der eine von ihnen nicht Erbe seyn kann oder will, der andere das Ganze erhalten soll.

2) „Sachen und Rechte, welche mehreren Erben zusammen auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen werden, fallen, beim Abgange des einen dieser Mitge-

noſſen, nur den anderen, mit Ausſchließung der übrigen Erben, anheim."

Allg. L. R. I. c. §. 284.

Dieß iſt die Cardinalſtelle über das engere jus accrescendi unter Miterben. Einige wollen hierin nun auch den Fall erkennen, wenn der Erblaſſer mehreren Erben zuſammen dieſelbe Erbportion ungetheilt zuwendet, und ſie laſſen ſich dann auf eine weitere Erörterung darüber ein, in wie weit ſich das Allg. L. R. der Römiſchen Theorie angeſchloſſen habe, ob daſſelbe ebenfalls bloß den re et verbis conjunctis oder auch den re conjunctis (disjunctis) einen Vorzug gebe.

Vergl. Erelinger, Syſtem des Preuß. Erbrechts. S. 215—218.

Erelinger (a. a. O.) entſcheidet ſich denn dafür, daß das Preuß. Recht mit dem Röm. übereinſtimme, und indem er in obiger Geſetzſtelle das Wort zuſammen auf eine Vereinigung im Raum, in einer Propoſition des Teſtamentes, das Wort ungetheilt aber auf die Abweſenheit einer reellen oder ideellen Theilung bezieht, hält er dafür, daß nach unſerem Recht den re et verbis conjunctis, nicht aber bloßen re oder bloßen verbis conjunctis ein engeres Accrescenzrecht zuſtehe.

Dieſe ganze Auslegung iſt aber grundfalſch. Nirgend iſt ſolchen Erben, denen zuſammen eine Erbportion angewieſen worden, ein Vorzugsrecht eingeräumt, vielmehr nur ſolchen Erben, denen auf ihre Erbportionen Sachen und Rechte ungetheilt angewieſen ſind.

Digitized by Google

Sachen und Rechte ſind alſo ausdrücklich von den Erbportionen unterſchieden, und unter erſteren auch Erbquoten verſtehen zu wollen, iſt bei einer ſo klaren Abſicht des Geſetzes eine gezwungene Auslegung.

Zudem ergibt ein im Geſetz analog entſchiedener Fall, daß der Geſetzgeber ein engeres Accrescenzrecht von der Berufung Mehrerer zu derſelben Erbquote nicht hat abhängig machen wollen.

„Hat der Teſtator," ſo heißt es, „einem oder etlichen von den eingeſetzten mehreren Erben ihre Erbportionen ausdrücklich angewieſen, andern aber keinen dergleichen Antheil beſtimmt: ſo erhalten letztere den Ueberreſt, und zwar, wenn ihrer Mehrere ſind, zu gleichen Theilen."

Allg. L. R. I. 12. §. 268.

Hier ſind auch Mehrere zu einer Quote indistincte, sine partibus, berufen, und dennoch werden ſie nicht Miteigenthümer derſelben, ſondern ſie wird zwiſchen ihnen wieder parcellirt, und ereignet ſich bei ihnen ein Ausfall, ſo findet nach §. 282. l. c., der ausdrücklich mit auf den §. 268 cit. remittirt, das allgemeine Accrescenzrecht ſtatt.

Das engere Band, das Vorzugsrecht, wird alſo lediglich durch die Zuwendung der Sachen und Rechte bewirkt, alſo durch ein Ausſondern beſtimmter Gegenſtände aus dem Nachlaſſe für einzelne Erben. Eine Verordnung über einzelne und beſtimmte Stücke, Summen und Rechte auf den Todesfall begründet aber ein Vermächtniß.

Allg. L. R. I. 12. §. 5.

Digitized by Google

Geschieht eine solche Zuwendung auch zu Gunsten eines Erben, so ändert dies die Natur eines Legates nicht. Eine derartige Zuwendung kann geschehen:

a) zu Jemandes Erbtheil. Dann wird der, welchem so eine bestimmte Sache zu seinem Erbtheil ausdrücklich angewiesen worden, im Verhältniß gegen die übrigen Erben, als ein bloßer Legatarius betrachtet.

Allg. L. R. I. 12. §. 263.

b) Auf Jemandes Erbtheil. Dann bleibt er zwar hinsichtlich seiner Erbquote Erbe, in Ansehung der bestimmten Sache ist es aber ein Legatarius, das Eigenthum dieser Sache ist ihm voraus beschieden.

Allg. L. R. I. 12. §. 262.

Sind nun im ersten Fall solche bestimmte Sachen oder Rechte Mehreren zu ihrem Erbtheil beschieden, so sind sie schlechtweg Collegatarien; sind Mehreren solche Sachen auf ihre Erbportionen angewiesen, so sind sie in Betreff der voraus beschiedenen Sachen ebenfalls Collegatarien.

Daraus ergibt sich, daß unter Miterben von einem engeren Accrescenzrecht nur in so fern die Rede seyn kann, als sie den andern Erben gegenüber sich als Legatarien darstellen.

Die weitere Untersuchung, in welcher Art dieses Recht des Zuwachses stattfinde, und was namentlich die Ausdrücke zusammen und ungetheilt in dem §. 284. h. t. bezeichnen wollen, können wir uns daher für die Lehre vom Accrescenzrecht der Legatarien aufsparen, wo

Digitized by Google

sich zeigen wird, daß eine vollständige Uebereinstimmung statt finde.

Hier ist nur noch zu bemerken, daß die oben entwickelte Lehre des Allg. L. R. ganz in der Natur der Sache gegründet und der Philosophie des Rechts weit mehr entsprechend ist, als die Theorie des gemeinen Rechts. Denn was die Erben angeht, so ist es mißlich, bei ihnen, wo alle Miterben schon an sich durch die Einheit des Nachlasses re conjuncti sind, daraus für den einzelnen Miterben ein besonderes Vorzugsrecht abzuleiten, daß das re conjunctum esse da oder dort in der Formel des Testamentes noch besonders ausgedrückt ist. Jeder Erbe ist als solcher zunächst zu der ganzen Erbschaft gerufen, und nur die Concurrenz Anderer kann ihn beschränken. Jeder ist ideell am ganzen Nachlaß betheiligt, jedem muß daher auch der Ausfall eines jeden Raum machen. Wenn nun auch Mehrere zu einem bestimmten ideellen Theile berufen werden, so liegt darin an sich kein Vorausbescheiden dieses ideellen Theils, kein Loslösen desselben von der Gemeinschaft des übrigen Nachlasses, sondern ein Zerspalten des größeren ideellen Theiles in mehrere kleinere. Dieses Zerspalten von einer ausdrücklichen Erklärung (z. B. A und B gebe ich $^1/_3$ meines Nachlasses, jedem zur Hälfte, oder zu zu gleichen Theilen) abhängig zu machen, ist eitel Wortklauberei; naturgemäß versteht sich die Zerspaltung dieses kleineren Inbegriffs ebenso von selbst, als der große Inbegriff des Nachlasses in 2 ideelle Hälften zerfällt, wenn der Erblasser bloß sagt: Den A und B setze ich zu meinen Erben ein.

Digitized by Google

Ganz anders ist es bei Legaten. Hier ist die Absicht des Testators ganz klar die, einzelne Bestandtheile des Nachlasses ganz aus diesem herauszulösen und aus aller Verbindung mit der Erbschaft und den Erben zu bringen. Hier ist also ein deutliches, nicht mißzuverstehendes Zeichen vorhanden, daß der Testator denen, welchen er eine einzelne Sache aussetzt, dergestalt das Eigenthum derselben gegönnt hat, daß nur sie unter einander, ohne alle Concurrenz der Erben als Erben, in Ansehung desselben sich beschränken und Platz machen sollen. Mit Recht hat das Allg. L. R. dieses handgreifliche Kennzeichen der Verleihung einer individuellen Sache zur Grundlage seines Systems gemacht, und auf die verschiedenen Arten der Conjunction bei einem ideellen Antheil eines Inbegriffs kein Gewicht gelegt.

Man berufe sich auch nicht darauf, daß doch auch das Preuß. Recht bei der Intestaterbfolge ein engeres Accrescenzrecht in den Quoten kenne. Das jus accrescendi ab intestato beruht auf Satzungen des Gesetzes, das testamentarische auf Bestimmungen des Testators, welche ausdrücklich oder doch so sichtbar angedeutet seyn müssen, daß man sie nicht mißverstehen kann. Dort repräsentiren eines Theils die in einer stirps stehenden Descendenten insgesammt ihren Stammvater nach Art einer moralischen Person, mithin ausschließlich dessen Erbquote, und anderen Theils stellt sich der den liberis morganaticis vel naturalibus ausgesetzte Erbtheil als eine ausschließlich für sie bestimmte Abfindung dar.

Im Röm. Recht konnte der Erblasser, wie wir sahen, außer durch Substitution den Zuwachs nicht verbieten.

Digitized by Google

Bei uns kann er dieß, da wir die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte instetatus decedere potest, nicht haben.

Allg. L. R. I. 12. §. 256.

Bei einem solchen Verbot des Zuwachses fällt daher die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben.

Allg. L. R. ibid. §. 285.

Daß dies von dem allgemeinen Accrescenzrecht gilt, versteht sich von selbst. Die Frage ist nur, in wie fern diese Vorschrift auch auf das engere Accrescenzrecht unter Miterben bezogen werden kann. Was hier nun

a) den Fall anlangt, wenn einzelnen Miterben zusammen Sachen und Rechte auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen sind, so kommt es darauf an, ob der Testator den Zuwachs unter den Testamentserben allgemein oder nur speciell unter denjenigen verboten hat, denen er Sache und Rechte auf ihre Erbportionen dergestalt anwies. Ersteren Falles, wo sämmtliche Miterben durch den Ausfall des einen oder anderen von ihnen keinen Zuwachs ihres Ertheils erlangen sollen, versteht es sich von selbst, daß auch diejenigen einzelnen Erben, denen zusammen Sachen und Rechte auf ihre Erbportionen angewiesen sind, in so weit so wenig sich unter einandee, als mit den übrigen Erben accresciren, als es sich um ihre Erbportionen, als ideelle Antheile an der Erbschaft, handelt. Man muß daher unterscheiden:

α) Sollen die gemeinschaftlich angewiesenen Stücke die Erbportionen der einzelnen Erben deren ganzem Betrage nach constituiren (z. B.: A, B, C sollen

meine Erben seyn; ich weise dem A und B zusammen auf ihre Erbportionen ein Landgut zum Werth von 8000 Thalern dergestalt an, daß sie damit bei der Theilung abgefunden seyn sollen); so zieht, wenn ein Genosse (z. B. A.) ausfällt, die erledigte Erbportion den Antheil an den Einzeldingen, dem Verbot der Accrescenz gemäß, gewiß auf die Intestat-Erben hinüber. Denn hier hat der Testator die, den übrigen Erben gegenüber, für die fraglichen Mitgenossen aus der sachlichen Verbindung entspringende Vermuthung durch eine ausdrückliche entgegenstehende Erklärung offenbar zu Gunsten der Intestat-Erben entkräftet.

β) Sollen dagegen die gemeinschaftlich angewiesenen Stücke die Erbportionen der einzelnen Erben nicht vollaus ihrem Betrage nach erschöpfen (z. B.: meinen Nachlaß zum Werth von 20,000 Thalern sollen A, B und C erben, und ich weise dem A und B auf ihre Quoten zusammen eine Fabrik von 3000 Thalern an Werth an); so zieht das Verbot der Accrescenz unter sämmtlichen Testaments-Erben beim Ausfall eines der fraglichen Genossen bloß die überschießende, von den Einzeldingen nicht bedeckte, Erbportion desselben, welche sonst an die Testaments-Erben gefallen wäre, auf die Intestat-Erben hinüber; die einzelne Sache accrescirt dagegen unter den Genossen als ein Legat.*)

---

*) Diese Ansicht scheint inzwischen Zweifeln zu unterliegen. Die Verbindung der auf die Erbportion angewiesenen Sachen mit der Erbportion dürfte doch zu enge seyn, als daß eine Trennung beim Ausfalle des Erben statt

Im zweiten Fall, wo sich das Verbot des Zuwachses bloß speciell auf die einzelnen Erben erstreckt, denen der Testator Sachen und Rechte ungetheilt auf ihre Erbportionen anwies, kann dieß Verbot nie zu Gunsten der Intestat-Erben, sondern lediglich der Testaments-Erben verstanden werden, weil der Testator hier nur das prälegirte Eigenthum der Sachen und Rechte im Auge gehabt hat. Entkräftet hier also der Erblasser die aus einer sachlichen Verbindung enspringende Vermuthung durch eine ausdrückliche Erklärung, so geht der Zuwachs, wie dieß immer bei Legatarien der Fall ist, auf die Testaments- und nicht auf die Intestat-Erben über.

Allg. L. R. I. 12. §. 372.

Dies ist sowohl dann der Fall, wenn der Betrag der Erbportionen nicht ganz, sondern nur zum Theil durch die angewiesenen Stücke constituirt werden soll, als auch dann, wenn diese Stücke den vollen Betrag der Erbportionen auszufüllen bestimmt sind. Denn beidemale ist es nur das prälegirte condominium der Sachen und Rechte, bei welchem die, den übrigen Testaments-Erben gegenüber aus der sachlichen Verbindung an sich fließende Vermuthung wieder ausgeschlossen werden soll. Bei den ideellen Erbschaftsquoten, auf welche Sachen und

---

finden könnte. Solche titulo heredis angewiesene Sachen scheinen, da der §. 263. blos von dem Falle, wo dem Erben nur eine bestimmte Sache zu seinem Erbtheile angewiesen, handelt, nicht Legat zu seyn, und schon in der Verbindung der §§. 284. 285. ein Grund gegen die Ansicht des scharfsinnigen Verfassers zu liegen.

Sommer.

Digitized by Google

Rechte angewiesen sind, bedarf es eines solchen Verbotes nicht einmal, weil das Allg. L. R. nach dem Obigen dort ohnehin kein durch Conjunction irgend einer Art begründetes engeres Accreseenzrecht einzelner, sondern nur allgemeines aller Miterben kennt.

Daß es im §. 285. h. t. heißt, bei einem ausdrücklichen Verbot des Zuwachses falle die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestat-Erben, steht übrigens der oben entwickelten Theorie nicht entgegen, da das Gesetz gerade nur eine erledigte Erbportion den Intestat-Erben zuspricht, wofür die prälegirten Sachen und Rechte an und für sich nicht gelten können.

b) Sind mehreren Erben bestimmte Sachen und Rechte zu ihrem Erbtheil angewiesen, so sind sie von der obigen Regel, daß beim Verbot des Zuwachses letzterer an die Intestat-Erben fallen soll, ebenfalls ausgenommen. Denn solche gelten, der Bezeichnung als Erben ungeachtet, nach §. 263. h. t. als bloße Legatarien. Ist also unter den Miterben der Zuwachs verboten, so trifft sie als Collegatarien dieses Verbot nicht mit; bezieht sich dagegen das Verbot speciell auf sie, so geht doch das, was sich durch den Ausfall eines der Mitgenossen erledigt, nicht auf die Intestat-Erben über. Denn für Legatarien ist auf den Fall des verbotenen Zuwachses abweichend bestimmt, daß der Ausfall an die Testaments-Erben fallen soll.

Allg. L. R. §. 372 cit.

Natürlich haben nun auch solche Erben, die bloß und schlechtweg als Legatarien betrachtet werden müssen, an dem Zuwachs, der unter den übrigen, als solche

wirklich zu betrachtenden Erben sich ereignet, ihrerseits keinen Antheil.

Allg. L. R. I. 12. §. 283.

Wie ist es nun zu halten, wenn der Erblasser nicht über den ganzen Inbegriff seines Nachlasses testirt hat, also pro parte testatus, pro parte intestatus stirbt? In einem solchen Falle gelten die Testaments-Erben, es mögen ihnen bestimmte Stücke, Summen oder auch Antheile (Quoten) des Nachlasses zugewendet seyn, der Bezeichnung als Erben ungeachtet, im Verhältniß gegen die Intestat-Erben immer nur als Legatarien.

Allg. L. R. l. c. §. 256 — 258.

Die eigentlichen Erben sind in diesem Fall die Intestat-Erben. Mehrere im Testamente eingesetzte Personen accresciren sich also dann als Legatarien, und hier kann denn auch wirklich einmal, dem Intestat-Erben gegenüber, ein Accrescenzrecht bei einer einzelnen Quote des Nachlasses, wenn sie Mehreren gemeinschaftlich beschieden ist, statt finden, weil diese Quote als ein Legat von dem Inbegriff des Nachlasses losgelöst und den Instituirten ausschließlich beschieden ist. — Unter den Intestat-Erben findet in einem solchen Falle natürlich das jus accrescendi ab intestato statt.

Außer dieser scheinbaren Ausnahme kann noch eine andere dann eintreten, wenn aus der letztwilligen Verordnung erhellt, daß die gesetzliche Erbfolge nicht hat aufgehoben werden sollen; denn dann soll jene aus der Bestimmung der letzteren ergänzt werden.

Allg. L. R. l. 12 §. 521.

Angenommen also, ein Testator habe 2 Söhne und

4 Enkel von einem verstorbenen dritten Sohn, und setze jeden Sohn einzeln auf $^1/_5$, die 4 Enkel aber zusammen auf $^1/_3$ ein, so haben letztere deßhalb in der Quote ein engeres jus accrescendi, weil zu vermuthen ist, daß der Erblasser von der successio in stirpes (lineas) nicht habe abweichen wollen.

Endlich stimmt das Allg. L. R. darin mit dem Römischen Rechte überein, daß der, welchem die Gesetze einen Zuwachs anweisen, denselben, wenn er seinen eigenen Erbtheil behalten will, nicht ablehnen kann.

Allg. L. R. l. c. §. 286.

Vermächtnisse, die aus dem Zuwachs zu leisten sind, braucht er aber nur bis auf den Bestand des angefallenen Erbtheils zu zahlen. Das Allg. L. R. hat also den Grundsatz der Trennung beider Portionen, den das Röm. Recht nur für den Fall, wenn bloß die anfallende Portion überschwert war, gelten ließ, generalisirt.

Allg. L. R. ibid. §. 287.

Wie es in dieser Hinsicht bei Legatarien und denen, welche ihnen nach dem Obigen gleich zu achten, zu halten sey, wird sich unten zeigen.

Wenn wir nun hiernächst

B. zu dem jus accrescendi der Legatarien übergehen, so kann unter ihnen aus dem Grunde kein allgemeiner Zuwachs statt finden, weil sie nicht, wie Miterben, welche immer Miteigenthümer der Erbschaft sind,

Allg. L. R. I. 9. §. 382.

ein allgemeines Band vereint. Ihnen werden aus dem Inbegriff des Nachlasses ausgesonderte Sachen als Ein-

Digitized by Google

zeldinge in der Regel zum ausschließlichen Eigenthum eines einzelnen verliehen. Will oder kann dann ein solcher Legatar ein Vermächtniß nicht annehmen, und ist auch kein Substitut vorhanden, so ist, damit das Vermächtniß nicht vocant wird, kein natürlicherer Ausweg, als daß es zu seiner Quelle, an die Erbschaftsmasse, zurück geht.

Allg. L. R. I. 12. §. 366.

Denn dieß ist im Grunde nichts Anderes, als daß der heres oneratus von einer Verbindlichkeit, nämlich das Legat zu geben, durch den Wegfall des honoratus frei wird und nun das Object der Verbindlichkeit behält.

Wenn der ausfallende Legatar mit Vermächtnissen an Andere belastet war, so hat der Erbe die Wahl, entweder die Vermächtnisse zu berichtigen, oder das angefallene Legat dem ferneren Legatar, welchem der ausgefallene Etwas leisten sollte, zu überlassen.

Allg. L. R. I. 12. §. 367.

Der Erbe muß also, wenn das erledigte Legat zurückfällt, vollaus, auch über den Bestand des mit Aftervermächtnissen beschwerten Legates hinaus Zahlung leisten, oder dem Aftleregatar das Hauptlegat in solutum cediren.

Soll nun unter den Legatarien ein Recht des Zuwachses begründet werden, so gehört dazu ein gemeinschaftliches Berufen Mehrerer zu einem und demselben Vermächtniß; und zwar läßt sich dieß, wie zum Theil schon oben angedeutet ist, unter folgenden 4 Gestalten bewirken:

Digitized by Google

1) indem mehreren Miterben zu ihrem Erbtheil einzelne Sachen, Summen oder Rechte angewiesen werden; oder

2) indem, Falls der Erblasser nicht über den ganzen Nachlaß testirt, mehreren im Testamente eingesetzten Personen gewisse Stücke, Rechte oder Quoten gemeinschaftlich ausgesetzt werden; oder

3) wenn mehreren Erben zusammen Sachen und Rechte auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen werden; oder

4) wenn dasselbe Vermächtniß mehreren Personen zugleich und und ungetheilt beschieden wird.

Ueber die beiden letzten Fälle, die zum Theil schon oben berührt worden sind, muß hier etwas näher gehandelt werden, welchemnächst sich die beiden ersten Fälle von selbst aufklären.

1) Sachen und Rechte, welche mehreren Erben zusammen auf ihre Erbportionen ungetheilt angewiesen werden, fallen, beim Abgange des einen dieser Mitgenossen, nur den anderen, mit Ausschließung der übrigen Erben, anheim.

Allg. L. R. I. 12. §. 284.

Was heißt hier zusammen, und was ungetheilt? — Das erste Wort geht auf die Erben, das zweite auf Sachen und Rechte. Es ist dem Geiste unserer Gesetzgebung und ihrem Sprachgebrauch entgegen, wenn man das Wort zusammen auf eine Vereinigung der Namen in Einem Satze beziehen will, vielmehr drückt es eine Concurrenz Mehrerer im Gegensatze der Einzahl,

Digitized by Google

eine Vereinigung mehrerer Personen zu einem und demselben Zwecke, zu einer Mitberechtigung oder Mitverpflichtung aus.

Vergl. Allg. L. R. I. c. §. 498. I. 14. §. 378.

Die Einheit des Zweckes, des Rechtes oder der Verbindlichkeit ist also das Band, was sie vereinigt, nicht aber die Wortverbindung. Wann sind aber Sacheu und Rechte ungetheilt angewiesen? Crelinger meint, dann, wenn weder reelle, noch ideelle Autheile daran bestimmt seyen.

S. 217. 220. seines angeführten Werkes.

Dieß ist aber unrichtig; vielmehr ist die ungetheilte Anweisung dann vorhanden, wenn eine res individua oder bis dahin indivisa Mehreren zum Miteigenthum angewiesen wird. Denn das Ausdrücken der Antheile eines jeden an dieser ungetheilten Sache kann nichts ausmachen, da ein Miteigenthum immer ideelle Antheile hervorbringt, sie mögen genannt seyn oder nicht. Ungetheilt ist also eine Sache Mehreren alsdann vermacht, wenn sie nicht in das Sondereigenthum eines Einzelnen, sondern in ein condominium fallen soll; ungetheilt heißt also so viel, als unvertheilt, indistributive, im Gegensatze davon, wenn unter Mehrere mehrere Sachen vereinzelt, vertheilt werden.

Ganz evident wird die Richtigkeit dieser Ansicht durch den Begriff selbst, den das Allg. L. R. vom gemeinschaftlichen Eigenthum aufstellt. Ein solches, sagt es, ist vorhanden, wenn dasselbe Eigenthumsrecht über

Digitized by Google

eine Sache oder ein Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt.

Allg. L. R. I. 17. §. 1.

Wiewohl nun hier ein ungetheiltes Eigenthumsrecht besteht, so existiren daneben doch Antheile der verschiedenen Miteigenthümer, die auch ungleich bestimmt seyn können, und die namentlich der Stifter der Gemeinschaft, unbeschadet des condominii, expressim ausdrücken kann.

Allg. L. R. ibid. §. 2. 3. 7. 9.

2) War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Antheil des einen den übrigen Mitgenossen zu.

Allg. L. R. I. 12. §. 368.

In diesem Fall ist nichts Verschiedenes, sondern ganz dasselbe, wie im vorigen Fall, bestimmt. Die Bedeutung des Wortes ungetheilt, die hier, wie dort vorkommt, haben wir bereits erörtert. Wenn hier aber statt des Ausdrucks zusammen das Wort zugleich gebraucht ist, so drückt letzteres ganz dasselbe aus. An eine Copulation in der Redeformel ist auch hier nicht zu denken. Dieß geht evident aus §. 574 h. t. hervor, wo es von 2 Erben, die in 2 verschiedenen Testamenten eingesetzt sind, heißt, daß der eine mit dem anderen zugleich Erbe seyn solle. Es geht aber auch aus folgenden Gesetzesstellen klar hervor, daß durch den Ausdruck zugleich, Nichts als eine Gemeinschaft Mehrerer

Digitized by Google

hinsichtlich derselben Berechtigung oder Verpflichtung oder Zweckbestimmung bezeichnet werden soll.

Allg. L. R. I. 5. §. 424. — I. 13. §. 208 210. 258. — I. 17. §. 25. — I. 9. §. 382.

Beiderlei Ausdrücke also: zusammen oder zugleich einerseits, und ungetheilt andererseits, bezeichnen im Grunde genommen denselben Begriff und thun weiter Nichts, als daß sie sich wechselseitig unterstützen, erklären und ergänzen.

Wie sehr aber Erelinger a. a. O. S. 220. fehlgegriffen hat, wenn er von dem Begriff ungetheilt eine Bestimmung von Antheilen und zwar selbst von ideellen Antheilen ausschließt, geht aus dem von ihm ganz übersehenen §§. 369. 370. h. t. hervor, worin es heißt:

„Dieser Zuwachs (unter Collegatarien) geschieht nach eben dem Verhältnisse, nach welchem der Testator die Quoten eines jeden Legatarii an dem ganze Vermächtnisse bestimmt hat.“

„Ist dergleichen Verhältniß von dem Testator nicht angegeben, so erwerben die Mitgenossen den Zuwachs zu gleichen Theilen.“

Es ändert mithin an dem Accrescenzrecht Nichts, wenn auch der Testator die Quoten der Mitgenossen an dem Vermächtniß ausdrücklich angibt, und zwar ganz consequent deßhalb nicht, weil eine solche Bestimmung der Theilnahmerechte an dem Miteigenthum Nichts ändert. Nur versteht sich von selbst, daß die Anweisung von Theilen an demselben Gegenstande keine wirklich

Digitized by Google

reelle seyn muß, wie z. B. in folgendem Fall: dem A und B gebe ich zusammen meinen Garten, so daß A 2 Morgen, B $2^1/_2$ Morgen erhalten soll; oder: ich vermache ihnen das bei dem X stehende Kapital, so daß A 3000, B 6000 Thaler erhalten soll. Denn hier hat der Testator den einen, bisher cohärirenden Gegenstand in zwei Einzeldinge zerlegt, und eben dadurch, mit Aufhebung aller Gemeinschaft, ein Sondereigenthum bezweckt.

Ist also auf diese Weise mehreren Legatarien dieselbe Sache oder dasselbe Recht ungetheilt beschieden, oder ist mehreren Erben auf ihre Erbportionen dieselbe Sache oder dasselbe Recht so angewiesen, sind also letztere in Ansehung des Eigenthums dieses Gegenstandes Collegatarien, so kann in dieses ihr Miteigenthum kein Dritter vermittelst des Accrescenzrechtes eingreifen. Das Miteigenthum ist ihr Conjunctionsband, und gleichgültig erscheint es, auf welche Weise sie zu diesem Miteigenthum berufen sind. Sie accresciren sich also immerfort, mögen sie

a) entweder re et verbis conjuncti seyn; z. B. dem A und B vermache ich zugleich und ungetheilt mein Haus; oder: dem A und B, von denen ich jeden einzeln auf $^1/_4$ meines Nachlasses einsetze, weise ich zusammen auf ihre Erbportionen mein Haus an; oder mögen sie

b) als bloße re conjuncti, verbis disjuncti dastehen; z. B. dem A vermache ich mein Haus, dem B dasselbe Haus; oder: den A setze ich ein

zu $^1/_4$ meiner Nachlasses und weise ihm darauf mein Landgut X an, den B setze ich auf $^1/_3$ ein und weise ihm mein Landgut X darauf an. Denn auch hier, wo die nachfolgende Anweisung desselben Gegenstandes in demselben Testamente keine ademtio legati per translationem, wie bei verschiedenen Testamenten, begründet,

Allg. L. R. I. 12. §. 575.

tritt eine Concurrenz in einer res individua ein.

c) Oder mögen sie schließlich bloße verbis conjuncti seyn; wie z. B.: dem A und B verleihe ich zusammen mein Landgut zu gleichen Antheilen, oder jedem zum halben Antheil.

Hier ist nur noch zu erwähnen, daß bei Erben, denen so gewisse Sachen gemeinschaftlich auf ihren Erbtheil prälegirt sind, das engere Accrescenzrecht dann in gewisser Beziehung alterirt werden kann, wenn pflichttheilsberechtigte Erben vorhanden sind, die durch das Prälegat leiden würden. Da sie den Pflichttheil erhalten und auch Legatarien dazu mit beitragen müssen,

Allg. L. R. I. 12. §. 334.

so müssen die Erben, denen solchergestalt Sachen auf ihren Erbtheil angewiesen sind, zur Ergänzung jenes Pflichttheils mit beitragen. Dazu brauchen sie aber bloß die aestimatio zu verwenden, die Sache selbst behalten sie, und mehrere zusammen darauf angewiesene accresciren sich auch bei dieser Sache, nur aber cum onere supplementum legitimae conferendi.

Digitized by Google

Was nun noch die beiden übrigen, oben herausgehobenen Fälle betrifft, nämlich

1) den Fall, wo Testaments-Erben zu ihrem Erbtheil bloß gewisse Sachen oder Rechte erhalten haben, also bloß als Legatarien zu betrachten sind, so begründet, wenn ihrer mehrere sind, ebenfalls die miteigenthümliche Zuwendung dieser Sachen oder Rechte ein jus accrescendi unter ihnen. Sind aber

2) Testaments-Erben, ohne daß der Nachlaß durch die Theilung erschöpft ist, auf Sachen, Rechte oder Quoten eingesetzt, gelten sie also ebenfalls, dem Intestat-Erben gegenüber, für bloße Legatarien, so müssen sie die Sachen, Rechte oder Quoten ebenfalls zum Miteigenthum erhalten haben, wenn sie sich accresciren wollen. Hier, wie dort, fallen, wenn die Sachen, Rechte oder Quoten distributive Einzelnen zugewendet sind, die erledigten Ausfälle, an die Erbschaftsmasse, dort im Falle unter 1. also an den eigentlichen heres scriptus, hier an die Intestat-Erben zurück.

Allg. L. R. I. 12. §. 366.

Wenn nun so unter Legatarien das jus accrescendi statt findet, und der ausfallende Collegatar mit einem weiteren Vermächtniß beschwert war, so braucht derjenige, dem ein solcher Zuwachs anfällt, für das Afterlegat nicht weiter gerecht zu werden, als der angewachsene Antheil des Hauptlegates selbst hinreicht.

Allg. L. R. I. 12. §. 371. 287.

Der oben erwähnte abweichende Grundsatz des §. 367

h. t. muß auf den Fall beſchränkt werden, wenn dem Erben ein erledigtes Legat zufällt.

Der Erblaſſer kann auch den Zuwachs unter Legatarien, ebenſo wie unter Miterben, verbieten. Nur fällt er letzten Falles, wie wir oben ſahen, an die Inteſtat-Erben, wogegen, wenn unter Legatarien der Zuwachs verboten iſt, die erledigten Vermächtniſſe an den Teſtaments-Erben fallen.

Allg. L. R. I. 12. §. 372.

Etwas Näheres iſt hierüber ſchon oben für die beiden Fälle, wenn mehreren Erben auf ihre Erbportionen oder zu ihrem Erbtheil Sachen vermacht ſind, vorgekommen. Wie aber iſt es hier in dem zuletzt unter 2. gedachten Falle, wenn die Teſtaments-Erben ſelbſt als Legatarien gelten? Da muß natürlich der erledigte Zuwachs, dem Verbote gemäß, an die Inteſtat-Erben fallen, und zwar ſowohl dann, wenn unter jenen ſelbſt, als wenn unter anderen Collegatarien ſich Ausfälle ereignen.

Aus der ganzen vorſtehenden Darſtellung ergibt ſich, daß das ganze teſtamentariſche Accrescenzrecht unſeres Landrechtes nur von einem einzigen Princip ausgeht, nämlich von dem Princip des Miteigenthums. Davon hängt auf der einen Seite das jus accrescendi unter mehreren Miterben ab, weil ſie geſetzlich Miteigenthümer des ganzen Inbegriffs der Erbſchaft ſind,

Allg. L. R. I. 9. §. 382.

und auf der anderen Seite muß, wenn ein engeres Recht des Zuwachſes begründet werden ſoll, eine einzelne Sache in

Digitized by Google

Miteigenthum gebracht werden, wo sich denn unter den betheiligten Personen bei diesem kleineren individuellen Ganzen wiederholt, was dort unter den, zu dem großen inbegrifflichen Ganzen gerufenen Personen statt findet.

III. Daß auch bei der Erbfolge aus Verträgen ein Recht des Zuwachses statt findet, deutet das Allg. L. R. bloß an, ohne das Detail zu entwickeln.

Allg. L. R. I. 12. §. 645.

Eine nähere Erörterung würde uns hier zu weit führen, weßhalb dieselbe einer eigenen Abhandlung vorbehalten werden muß.

Digitized by Google

XXXI.

Kann der Nachbar schon dann den Bau eines neuen Gebäudes untersagen, wenn er nicht durch das ganze ungeöffnete Fenster den Himmel erblicken kann?

Rechtsfall

mitgetheilt von **Fr. Th. Boele.**

Nebst Nachwort.

Allg. L. R. Th. I. Tit. 8 §. 141. 142. *)

Ein im Jahre 1833 vorgenommener Neubau des Kaufmanns Gustav Mallinckrodt zu Crombach verwickelte denselben in einen Rechtsstreit mit seinem Nachbar, dem Bierbrauer Friedrich Haas, indem sich letzterer, außer mehreren andern Punkten, darüber klagend beschwerte, daß der Mallinckrodt bei dem Neubau die Vorschrift des §. 142. Allg. L. R. Thl. I. Tit. 8.:

„Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, schon seit zehn Jahren oder länger

*) cfr. N. Archiv I. Jahrgang 4tes Heft. S. 633.

vorhanden, und die Behältniſſe, wo ſie ſich befinden, haben nur von dieſer Seite her Licht, ſo muß der neue Bau ſo weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenſtern des untern Stockwerks den Himmel erblicken könne,"

nicht beachtet habe, und daher verbunden ſey, den Bau in ſo weit wieder einzuziehen. Der Richter erſter Inſtanz hat nun bei der Einnahme des Augenſcheins gefunden, daß man, wenn man in dem Hauſe des Klägers vor die Fenſter hintrat und den Blick nach oben wandte, den Himmel nirgend ſehen konnte, nur wenn man in den Stuben sub Lit. K. und M. der Handzeichnung und in der Küche Q. die Wange ans Fenſter legte, konnte man ſchräg, rechts oder links, den Himmel ſehen und in dem Kuhſtall P. war ſolches in ſchräger Richtung möglich, wenn man auf einen Stuhl ſtieg. Letzteres hielt aber der erſte Richter im Sinne des Geſetzes keineswegs für hinreichend, weil der Zweck deſſelben nur dahin gehen könne, daß die Zimmer von oben unmittelbares Licht empfangen ſollten, er verurtheilte daher den Verklagten, überhaupt ſo weit zurück zu weichen, daß man in gerader ungezwungener Stellung unmittelbar vor den ungeöffneten Fenſtern, den Blick nach oben gekehrt, in der ganzen Breite der Fenſter in dem Zimmer der obern Etage M., ferner in der Küche Q. und dem Viehſtalle C. der untern Etage den Himmel ſehen könne. — Der Verklagte appellirte rechtzeitig, eine in der Appellations-Inſtanz angeſtellte Unterſuchung durch zwei Bauverſtändige beſtätigte aber jenes von dem Richter erſter Inſtanz gefundene factiſche Reſultat mit der Ab-

Digitized by Google

weichung, daß aus der Stube M. und der Küche Q. man den Himmel auch vertikal aufwärts erblicken konnte, nur nicht, wenn man grade vor das Fenster hintrat, sondern wenn man sich bückte, und durch die untersten Scheiben der Fenster hinauf blickte. Auch ergab eine Untersuchung dieser Sachverständigen, daß vor der Aufführung des Neubaues eine Person von der Größe des Klägers allerdings auch in gerader Stellung aus den ungeöffneten Fenstern den Himmel habe erblicken müssen. — Dennoch aber reformirte das Hofgericht zu Arnsberg das erste Erkenntniß bei diesem Punkte dahin, „daß Verklagter nicht schuldig sey, mit dem Anbau so weit zurück zu weichen, daß Kläger in der Küche, im Viehstalle und auf den vordern Stuben des zweiten Stockes (M.) in gerader ungezwungener Stellung unmittelbar vor dem ungeöffneten Fenster an der Erde stehend, den Blick nach Oben gekehrt, in der ganzen Breite der Fenster den Himmel sehen könne, vielmehr Kläger mit diesem Antrage gänzlich abzuweisen.“ Die Gründe dieser Entscheidung lauten:

„Die im Gesetze gedachten 10 Jahre unterstellen keine Verjährungsfrist, noch wird dadurch eine Servitut erworben, das Gesetz enthält eine auf billigen Grundsätzen beruhende Polizei-Maaßregel. Wäre es eine Verjährung, so dürfte die Frist nicht gegen Minderjährige zu laufen anfangen, sie müßte durch Klagen unterbrochen werden können. Eben so wenig ist es eine Frist, die für gewisse Handlungen vorgeschrieben ist. Der Einwand des Verklagten, daß das Gesetz nicht zur Anwendung kommen könne, weil das Allg. L. R.

Digitized by Google

hier noch keine 10 Jahre Gesetzeskraft gehabt habe, ist daher grundlos. Dagegen aber ist die Auslegung, welche der vorige Richter von dem §. 142. macht, nicht richtig. Die Instruktion beider Instanzen hat herausgestellt, daß des Baues ungeachtet aus allen ungeöffneten Fenstern des Klägerschen Hauses der Himmel erblickt werden kann, theils seitwärts, theils indem man den Kopf an das Fenster lehnt, theils aber in gebückter Stellung. Das Gesetz verlangt wörtlich nur „„daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerkes den Himmel erblicken könne,““ und es ist ist deßhalb schon aus einem doppelten Grunde die ausgedehntere Auslegung nicht zu rechtfertigen, einmal weil keine Unterscheidung zu machen ist, wo dieses vom Gesetze nicht geschieht, und dann, weil am wenigsten Gesetze, welche die Freiheit des Eigenthums beschränken, eine Interpretatio extensiva erleiden. Außerdem führt die gemachte Auslegung auf Ungereimtheiten, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann, ein neues Gebäude würde z. B. bei niedrigen Fenstern des Nachbars unendlich weiter, als bei hohen zurück gesetzt werden müssen; es würde, wenn der Nachbar mit den Augen in der vom ersten Richter verlangten geraden Richtung und ungezwungenen Stellung den obersten Raum des Fensters erreichte, und dieses etwa in einer massiven Mauer angebracht wäre, eine Entfernung von mehreren 100 Schritten nicht genügen, um, den Blick nach oben gekehrt, den Himmel erblicken zu können, auch von der Größe des Nachbars würde Vieles abhangen.“

Digitized by Google

So wie früher beide streitende Theile appellirt hatten, so ergriffen jetzt auch beide die Nullitäts-Querel, und es wurde auch auf die Imploration des Klägers das erste Urtel wieder hergestellt, wie nachstehende Sentenz ergibt, wovon jedoch nur die auf unsere Frage bezüglichen Gründe aufgenommen sind.

In Sachen des Bierbrauers Friedrich Haas zu Crombach, Klägers, wider den Kaufmann Gustav Mallinckrodt daselbst, Verklagten, jetzt beiderseits Imploranten und Imploraten

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten richtig, und zur Sache

I. die gegen das am 5. August 1834 insinuirte Appellations-Urtel des Civil-Senats des Königlichen Hofgerichts zu Arnsberg von Seiten des Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, zurückzuweisen und demselben die Kosten des diesfälligen Verfahrens nebst 20 Thalern Succumbenzstrafe zur Last zu legen, dagegen

II. auf die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde gedachtes Urtel ad passum II. für nichtig zu erklären, die Kosten desselben zur Hälfte niederzuschlagen, die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zu compensiren und in der Sache selbst das Erkentniß erster Instanz des Justiz-Amts Hilchenbach vom 26. August 1833 überall lediglich zu bestätigen, auch dem Verklagten die Kosten sei-

Digitized by Google

ner Appellation nebst 4 Thaler Succumbenzstrafe zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist als nicht begründet zu verwerfen u. s. w.

II. Die auf Verletzung eines Rechtsgrundsatzes und insbesondere auf unrichtige Anwendung der §§. 142. und 143. des Allg. L. R. I. 8. sich stützende Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist dagegen für begründet anzunehmen. Das Allg. L. R. a. a. O. verordnet wörtlich:

§. 141. Uebrigens kann jeder in der Regel auf seinem Grund und Boden, so nahe an die Gränze, und so hoch bauen, als er es für gut findet.

§. 142. Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, schon seit zehn Jahren oder noch länger vorhanden, und die Behältnisse, wo sie sich befinden, haben nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerks den Himmel erblicken könne.

§. 143. Hat in diesem Falle das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer anderen Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur so weit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fen-

Digitized by Google

stern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen könne.

Der Richter erster Instanz hat nun bei der Einnahme des Augenscheins Fol. 49. seq. act. gefunden, daß man, wenn man in dem Hause des Klägers grade vor die Fenster hintrat und den Blick nach oben wandte, den Himmel nirgend sehen konnte, nur wenn man in den Stuben sub Lit. K und M der Handzeichnung und in der Küche Q die Wange ans Fenster legte, konnte man schräg, rechts oder links den Himmel sehen und in dem Kuhstall P war solches in schräger Richtung möglich, wenn man auf einen Stuhl stieg. Letzteres hielt er im Sinne des Gesetzes aber keineswegs für hinreichend, weil der Zweck desselben nur dahin gehen könne, daß die Zimmer von oben unmittelbares Licht empfangen sollten. Er verurtheilte daher den Verklagten, indem übrigens unbestritten die Fenster des Klägers seit länger als zehn Jahren bestanden, mit seinem Neubau nicht blos $1\frac{1}{2}$ Fuß von der Gränze, sondern überhaupt so weit zurück zu weichen, daß man in gerader, ungezwungener Stellung unmittelbar vor den ungeöffneten Fenstern den Blick nach oben gekehrt in der ganzen Breite der Fenster in dem Zimmer der obern Etage M, ferner in der Küche Q und dem Viehstall P der unteren Etage den Himmel sehen könne. Eine in der Appellations-Instanz angestellte Untersuchung durch zwei Bauverständige Fol. 287 seq. act. bestätigte jenes von dem Richter erster Instanz gefundene factische Resultat mit der Abweichung, daß aus der Stube M und der Küche Q man den Himmel auch vertikal aufwärts erblicken konnte, nur

Digitized by Google

nicht, wenn man gerade vor das Fenster hintrat, sondern wenn man sich bückte, und durch die untersten Scheiben der Fenster hinaufblickte. Ferner ergab eine Untersuchung dieser Sachverständigen, daß vor Aufführung des Neubaues eine Person von der Größe des Klägers allerdings auch in gerader Stellung aus den ungeöffneten Fenstern den Himmel habe erblicken müssen. Dennoch fand der Appellations-Richter sich veranlaßt, jene Entscheidung des ersten Richters aufzuheben, weil er annahm, daß es im Sinne des Gesetzes ausreiche, wenn, wie es doch der Fall sey, auf irgend eine Weise der Himmel aus den ungeöffneten Fenstern erblickt werden könne, sey solches nur auch mit angelegter Wange schräg nach der Seite sehend, gebückt oder auf einen Stuhl steigend. Dies entspreche dem wörtlichen Inhalte des Gesetzes, und eine ausdehnende Erklärung bei Gesetzen, welche die Freiheit des Eigenthums beschränken, sey unzulässig.

Wenn nun der Kläger in seiner Nichtigkeitsbeschwerde in dieser Argumentation des Appellations-Richters eine Verletzung eines aus dem Sinne des Gesetzes hervorgehenden Rechtsgrnndsatzes erblickt, so muß jenem hierunter beigepflichtet werden. Die Absicht des Gesetzes bei den Bestimmungen der §§. 142. und 143. des Allg. L. R. I. 8. kann doch nur dahin gehen, daß, wenn ein Zimmer zehn Jahre lang sein Licht unmittelbar von oben empfangen hatte, es durch einen Neubau des Nachbars hierin nicht beeinträchtigt werden sollte. Daß man mit angelegter Wange rechts oder links den Himmel erblicken kann, trägt zur Helligkeit des Zimmers nichts

Digitized by Google

bei, und ein solcher Zustand konnte daher auch nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen. Dringen die unmittelbaren Lichtstrahlen nur durch die untersten oder obersten Scheiben, welches der Fall seyn muß, wenn man nur gebückt, oder auf den Stuhl steigend den Himmel erblicken kann, so kann alsdann immer nur der kleinste Theil des Zimmers erhellt werden. Der Zustand wird daher nachtheilig verändert, wenn vorher das Zimmer in seiner ganzen Ausdehnung das Licht unmittelbar von oben empfing.

Auch die Fassung des erwähnten §. 142. des Allg. L. R. a. a. O. ergibt die oben angedeutete Absicht des Gesetzgebers. Denn hiernach soll, wenn die Behältnisse, wo die Fenster sich befinden, nur von der Seite her Licht haben, wo gebaut werden soll, der neue Bau so weit zurück weichen, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern den Himmel erblicken könne. Hierdurch räumt also das Gesetz offenbar dem Nachbar das Recht ein, von derjenigen Seite her, wo der Neubau statt findet, in verticaler Richtung aus seinen ungeöffneten Fenstern das Licht erblicken zu können. Zwar vermeint der Appellations-Richter, die von dem ersten Richter gemachte Auslegung führe auf Ungereimtheiten, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben könne. Ein neues Gebäude würde z. B bei niedrigen Fenstern des Nachbars unendlich weiter, als bei hohen zurückgesetzt werden müssen, es würde, wenn der Nachbar mit den Augen in der von dem ersten Richter verlangten geraden ungezwungenen Stellung den obersten Raum des Fensters erreichte und dieses etwa in einer massiven Mauer angebracht wäre, eine Entfernung von mehreren 100 Schritten

Digitized by Google

nicht genügen, um den Blick nach oben gekehrt den Himmel sehen zu können, auch von der Größe des Nachbars würde viel abhangen. Es sind jedoch hier Ungereimtheiten nirgend zu erblicken, auch wenn jene Resultate richtig wären. Denn überall würde nur der Grundsatz aufrecht erhalten werden, daß ein zehn Jahre lang in Beziehung auf Licht statt gehabter Zustand durch die Willkühr des Nachbars nicht mehr verändert werden solle, worin sich nichts Ungereimtes zeigt.

Nicht also die Interpretation des ersten, sondern gerade diejenige des Appellations-Richters, widerstrebt dem Sinne des Gesetzes, und die darauf gegründete Entscheidung muß für nichtig geachtet werden. In der Hauptsache aber ist alsdann, nachdem die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten verworfen worden, das erste Urtel lediglich zu bestätigen. Die etwaigen Zweifel, ob auch Küche und Viehstall auf dieselben Rechte Anspruch zu machen haben, als Zimmer, finden in der ausdrücklichen Vorschrift des §. 142. des Allg. L. R. a. a. O., da selbige von Behältnissen spricht, ihre Erledigung. Da dem Kläger aus den §§. 140. und 142. des Allg. L. R. l. c. ein zweifaches Beschränkungsrecht des bauenden Nachbars zusteht, auf ein Zurückweichen mit dem Neubaue um $1\frac{1}{2}$ Fuß von der Gränze überhaupt und auf ein Zurückweichen wegen des Lichts insbesondere, so konnte es auch kein Bedenken haben, den Verklagten, wie von dem ersten Richter geschehen, in beiden Beziehungen zu verurtheilen, obwohl in der Wirkung die geringere Beschränkung durch die größere absorbirt wird. Die sonstigen Einreden des Verklagten können denselben

Digitized by Google

eben so wenig von der Bestätigung des ihn verurtheilenden ersten Erkenntnisses befreien. Insbesondere ist die Auslegung, welche Verklagter von dem für sich angeführten §. 342. des Allg. L. R. I. 9. macht, viel zu enge, wenn er hiernach nur zur Zurückziehung seines Baues bis innerhalb seiner Grenzen sich für verpflichtet hält. Dieser kann nur in Verbindung mit den Allg. L. R. §. I. 8. §. 139 seq. enthaltenen Vorschriften zur Anwendung gebracht werden, indem man sonst einen Widerspruch unter diesen Gesetzstellen annehmen müßte, wozu jedoch gar kein Grund vorhanden ist, vielmehr die angeführten Gesetze recht gut mit einander sich vereinigen lassen. Der von dem Verklagten zu seinem Vortheil angeführte §. 39. des Allg. L. R. I. 8. paßt auf den vorliegenden Fall nicht, weil dieser in Verbindung mit dem vorhergehenden §. 29. zu nehmende Paragraph ein ganz anderes Verhältniß voraussetzt, und insbesondere blos auf Befugnisse des Staats sich bezieht und beschränkt. — Die Behauptung des Verklagten, daß, weil das Allg. L. R. erst mit dem 1. December 1825 in dem Fürstenthume Siegen, wozu Crombach gehört, eingeführt und von da an noch nicht die in dem Allg. L. R. I. 8. §. 142. bestimmte zehnjährige Frist abgelaufen sey, dasselbe nicht zur Anwendung kommen dürfe, indem er sich zugleich auf den §. 19. des Einführungs-Patents vom 21. Juni 1825 beziehet, ist ebenfalls ohne rechtliche Haltbarkeit. Die in dem Allg. L. R. am angeführten Orte 142. bestimmte Frist gehört nicht zu denjenigen Fristen, welche der §. 19. des Publications-Patents am Schlusse im Auge hat, da hier von keiner vorzunehmenden Handlung die Rede ist.

Der Verklagte hat seinen Neubau unter der Herrschaft des Allg. L. R. begonnen, und muß daher auch den darin zum Vortheil der bereits bestehenden nachbarlichen Gebäude gegebenen Vorschriften sich unterwerfen. — Der fernere Einwand des Verklagten, daß das Dach des Klägers zu sehr hänge, und dadurch das Erblicken des Himmels aus den geöffneten Fenstern verhindert werde, ist eben so wenig begründet. Das Allg. L. R. will dem Nachbar aus den mindestens zehn Jahre vorhandenen Fenstern das Erblicken des Himmels, ferner gegen Neubauten sichern. Es kann daher nicht darauf ankommen und resp. dessen Recht hierauf nicht schmälern, wenn vielleicht durch eine andere Bauart des bereits bestehenden Nachbarhauses jener Zweck leichter zu erreichen gewesen wäre. Endlich ist auch darin keine unzulässige Klage-Veränderung zu finden, wenn Kläger zur Erreichung seines Klage-Antrages auf Zurückweisung des Verklagten bei dem vom ihm unternommenen Neubau in die gesetzlichen Schranken im Laufe der Instruction auf neue Rechtsgründe Bezug genommen hat, zumal im vorliegenden Falle der Verklagte dadurch gar keinen Nachtheil erleidet, indem dem Kläger sogar das ursprünglich geforderte und begründete Mehrere, nämlich das Recht auf das Licht zugesprochen worden ist. Aus den angeführten Gründen hat demnach überall so, wie geschehen, erkannt werden müssen, indem zugleich die Entscheidung über den Kostenpunkt auf die Bestimmung der §§. 17. und 18. der Verordnung vom 13. Decbr. 1833 sich stützt.

Berlin, den 10. Juni 1835.

(L. S.) (gez.) Busse.

Nachwort.

Ueber die Entstehungs-Geschichte und unpraktische Fassung der §§. 142. und 143. Allg. L. R. I. 8 cfr. Preuß. Civilrecht von Bornemann II. Bd. S. 242 seq. Im Uebrigen kann wohl weder der bei der Appellations- noch der bei der Nullitäts-Sentenz zum Grunde gelegten Interpretation unbedingt beigestimmt werden. Der Appellations-Richter geht offenbar zu weit, wenn er es im Sinne des Gesetzes für genügend erachtet, daß man überhaupt aus dem ungeöffneten Fester den Anblick des Himmels gewinnen könne; dagegen scheint der verwundbare Fleck der Interpretation der Nullitäts-Sentenz in der Art und Weise zu liegen, wie die Entwickelung des Appellations-Richters, daß die dem ersten Erkenntnisse zum Grunde gelegte Ansicht nothwendig auf Ungereimtheiten in einzelnen Fällen führen müsse, beseitigt wird. Als Schlaggrund wird nämlich angeführt „denn überall würde nur der Grundsatz aufrecht erhalten werden, daß ein zehn Jahre lang in Beziehung auf Licht statt gehabter Zustand durch die Willkühr des Nachbars nicht mehr verändert werden solle, worin sich nichts Ungereimtes zeigt." — Es ist nämlich nicht ganz richtig, hier blos von der Willkühr des Nachbars zu reden, vielmehr steht die eine Willkühr der andern, oder vielmehr die eine libertas naturalis der andern gegenüber. — Ein jeder kann sein Eigenthum bebauen, und zwar, in so fern er den Vorschriften der §§. 139. und 140. genügt, so

Digitized by Google

nahe an die Gränze und so hoch er will. Dieses ist Folge des Eigenthums und die Regel, diese libertas naturalis ist kein Zustand in juristischer Bedeutung. — Eben so kann jeder Haus-Eigenthümer unter Beachtung des §. 138., so viele Fenster in seine eigene Wand machen, und dadurch so viel Licht aufnehmen, als ihm beliebt. Dieses ist ebenfalls res merae facultatis, kein Zustand, und der Anfechtung des Nachbars entzogen. Der juristische Ursatz lautet also dahin:

> Jeder kann sein Eigenthum so weit bebauen als er will, und jeder kann sich so viel Licht in seinem Hause zu verschaffen suchen, als ihm möglich ist, in so fern er nur dadurch nicht unmittelbar in das Eigenthum des Nachbars hineingreift.

Dieses ist auch der Grundsatz des röm. Rechts, und als Regel in dem §. 141. anerkannt. Um sich nun bei diesem Falle den Gang und die Aufgabe der Gesetzgebung aus dem juristischen Standpunkte klar zu machen und zu verdeutlichen, ist es nothwendig, von dem Urverhältnisse der Sache selbst auszugehen. — Hier finden wir zunächst zwei aneinanderfassende im Eigenthume verschiedener Personen befindliche, Parzelen ohne alle weitere rechtliche Beziehung zu einander. Jeder kann nun zwar mit seinem Eigenthume machen was er will; allein es kann Fälle geben, wo, wenn der eine Theil die ursprüng- Benutzungsart ändert, die Benutzung des ganzen Grundstückes den Nachbar verhindern würde, gleichfalls sein Eigenthum noch ganz nutzen zu können. Hier ist der Punkt, bei welchem sich eine Veranlassung zur Aeußerung oder doch wenigstens zur Erwägung für die positive

Digitized by Google

Gesetzgebung ergibt. Der Gesetzgeber kann es nämlich entweder bei dem obigen aus der Natur der Sache hervorgehenden Grundsatze bewenden lassen, die Ausgleichung der möglichen factischen Konflicte der Thätigkeit der von Hause aus gleichem libertas naturalis beider Interessenten anheim gebend, oder er macht im vormundschaftlichen Prinzip den ausgleichenden bonus paterfamilias zwischen ihnen. — Letzteres Prinzip waltet bekanntlich im Allg. L. R. vor, und bei demselben sind die vielen Vorschriften im 8. Titel wegen Einschränkung des Eigenthums zum Besten des Nachbars sehr erklärlich, aus denen jedoch überall der Grundsatz hervorleuchtet: Jeder ist zwar zur unbeschränkten Benutzung seines Eigenthums befugt, jedoch mit der Einschränkung, daß, unter Berücksichtigung des größeren oder geringeren Nachtheils auch der Eigenthums-Gebrauch des Nachbars frei bleibt. In diesem Sinne verordnet nun das Allg. L. R. zunächst, daß neue Gebäude, je nachdem sie auf bereits vorhandene ältere Gebäude des Nachbars, oder auf einen unbebaueten Platz stoßen, wenigstens 3 resp. 1½ Werkschuh zurück treten müssen. Den Redaktoren des Allg. L. R. konnte es als scharfen Logikern, da hier wohl vormundschaftlich gesorgt werden sollte, nicht verborgen bleiben, daß noch ein Mittelfall außer dem Bereiche jener Bestimmung lag, nämlich der: wenn das Gebäude auf einen unbebauten Platz stößt, der Nachbar diesen aber späterhin ebenfalls bebauet, indem hier, ungeachtet der gesetzlichen Entfernung von 3 Werkschuhen, dem älteren Gebäude alles Licht, und dadurch die Benutzungs-Möglichkeit entzogen werden kann. Dieser Gesichtspunkt

veranlaßte die §§. 142—144. wobei man davon ausging, daß auf der einen Seite eine bloße Unbequemlichkeit oder ein unbeträchtlicher Nachtheil keinen Grund abgeben könne, den Bauenden in der freien Ausübung seines Eigenthums zu hindern, auf der andern Seite es wider die natürliche Billigkeit laufen würde, wenn man dem Bauenden erlauben wollte, um eines bloßen neuen Vortheils willen, dem Nachbar den Gebrauch seines Eigenthums ganz zu benehmen. Anstatt nun aber diesen Grundsatz, daß bei jedem Neubau dem schon vorhandenen anstoßenden Gebäude so viel Licht gelassen werden müsse, daß die gewöhnliche Benutzungsart desselben nicht unmöglich gemacht werde, abstract hinzustellen, wurde die Frage davon abhängig gemacht: ob der Nachbar, wenn die Behältnisse, wo sich die Fenster befinden, nur von dieser Seite her Licht haben, aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks, oder wenn das Gebäude noch von einer andern Seite her Licht hat, aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen könne? — Dieses ist nicht zweckmäßig. Denn wollte das Gesetz einen bestimmten und allgemeinen Maaßstab für alle und jede Fälle aufstellen, und somit die speciellen Erörterungen in einzeln vorkommenden Fällen abschneiden: so durfte derselbe nicht, wie es doch vorliegend der Fall ist, wiederum von tausend Zufälligkeiten abhängen, und nicht hinsichtlich der Entfernung bald zu diesem, bald zu jenem Resultate führen. Eben wenig war es juristisch, das Licht-Recht davon abhängig zu machen: ob die Fenster bereits zehn Jahre oder länger vorhanden gewesen, oder nicht? Denn sollte darin die Vermuthung

einer stillschweigenden Einwilligung liegen, so mußte dem Nachbar auch ein Widerspruchsrecht ausdrücklich gegeben werden, weil er ein solches an sich schon aus allgemeinen Rechtsgründen nicht hat, theils aber bedurfte es dazu eines so langen Zeitraumes nicht; an einen Verjährungsbesitz kann man dabei aber auch nicht gedacht haben, indem das Allg. L. R. im Th. 1. Tit. 22. §. 62. das durch Verjährung erworbene Recht der freien Aussicht als eine besondere Servitut kennt, die dem Berechtigten einen noch größern Dienst leistet. Es läßt sich daher nicht verkennen, daß hier die Gesetzgebung, wie auch Bornemann in seinem Systeme des Civilrechts bemerkt, ändernd eingreifen muß. Allein so lange es heißt: sed habemus legem, können wir als praktische Juristen uns darauf nicht vertrösten; sondern es kommt darauf an: uns über die Anwendnng und Auslegung der besagten Gesetzesstellen zu verständigen. Zweck und Absicht des Gesetzgebers haben wir oben kennen gelernt, eben so wissen wir, daß das Erblicken des Himmels aus den ungeöffneten Fenstern das allgemeine Criterium der Maaßbestimmung für den zu belassenden Zwischenraum ist. — Wenn nun aber der Gesetzgeber zur Vermeidung factischer Ermittelungen in den einzelnen Fällen ein solches äußeres und allgemeines Criterium aufstellte, und in technischer Beziehung, wie Bornemann aus den Materialien anführt, die Specialobservanzen der Berliner Baukommission dabei zum Anhaltspunkte nahm, so mußte derselbe das Natürliche und Gewöhnliche voraussetzen, und konnte die Entscheidung der Sache nicht wollen von Abnormitäten abhängen lassen, wie solche

nach der Ausführung des Appellations-Richters in einzelnen Fällen allerdings möglich sind. Der Gesetzgeber setzte also allerdings gewissermaaßen einen Normal-Menschen in der Person des Nachbars, also weder einen Riesen, noch einen Zwerg, so wie einen Normal-Bau voraus. — Es läßt sich aber nun keineswegs sagen, das Allg. L. R. wolle, in Beziehung auf das Erblicken des Himmels den bereits zehn Jahre bestandenen Zustand ferner gegen Neubauten in statu quo sichern, indem es weder die Gewährung desselben Lichts, noch in gleichem Umfange verlangt; sondern die Möglichkeit, den Himmel aus den ungeöffneten Fenstern des ersten oder zweiten Stockwerks erblicken zu können, nur deshalb als Maaßstab aufgestellt hat, weil unter diesem Verhältnisse das Gebäude nach technischem Gutachten hinreichend Licht behalte. — Der Gesichtspunkt der Sache dürfte daher folgender seyn: Wer zehn Jahre oder länger das erforderliche Licht in seinem Hause gehabt hat, dem soll es auch durch einen Neubau des Nachbars nicht ganz entzogen werden; er hat aber präsumtiv nur das erforderliche Licht, wenn er auf die bemerkte Weise den Himmel erblicken kann. Weil hierin eine Beschränkung des Eigenthums des Nachbars liegt, so ist diese Vorschrift in dem einzelnen Falle so zu nehmen, daß die Freiheit des nachbarlichen Eigenthums so wenig als möglich angetastet wird; die Interpretation ist daher eine restrictive. Allein da die Annahme des Natürlichen und Gewöhnlichen bei jeder Interpretation vorgeht, so genügt es nicht, daß der Nachbar auf irgend eine Weise den Himmel aus den ungeöffneten Fenstern erblicken kann; sondern er muß auf diese Weise den Him-

Digitized by Google

mel gewinnen können in der natürlichen menschlichen Stellung vor den Fenstern stehend, oder vielmehr ein ordinairer Mensch muß dieses können, denn auf die Person des Eigenthümers kann es nicht gerade ankommen, weil dieser ja ein Kind, oder gar blind seyn kann. — Sodann kommt aber ferner in Betracht, daß der Besitzer des älteren Hauses nur das erforderliche Licht behalten soll, die §§. 142. und 143. auch keine praesumtiones juris et de jure unterstellen. Wenn daher aus besondern örtlichen, oder räumlichen Verhältnissen z. B. wegen der Anlage der Fenster in einer massiven Mauer, das als Maaßstab angenommene Fensterseyen dem Neubauenden außergewöhnlich nachtheilig werden würde; so muß demselben der Beweis offen stehen, daß das ältere Gebäude, des Neubaues ungeachtet, das erforderliche Licht von der Seite her behalte.

Digitized by Google

XXXII.

Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuterung der Kurkölnischen Rechts-Ordnung.

Von

Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor **Idelt** in Dorsten.

Die Grafschaft Recklinghausen im Ober-Landes-Gerichts-Bezirke Münster, vor ihrer Vereinbarung mit Preußens Monarchie eingeschlossen nach allen Seiten von fremden Ländertheilen und selbst in Ansehung ihrer meisten Güter durch Lehns- und sonstigen Nexus an die Abteyen und Stifter in den benachbarten Ländern gebunden, schließt sich auch in Hinsicht der äußern Rechtsgeschichte an die allgemeine Gesetzgebung des Kurfürstenthums Köln an. Ursprünglich ein Theil des Boroktragaues und zum Herzogthum Sachsen gehörig, hatte sie neben der Westfälischen Eintheilung in Bauerschaften auch die Westfälische Gerichts-Verfassung und Sächsisches Recht*); indessen seit

*) Kindlinger Münst. Beiträge III. 234. und das Land und Volk der Brukterer von L. von Ledebur.

Digitized by Google

dem zwölften Jahrhunderte nach dem Absterben der letzten Gräfin von Recklinghausen einen Theil des Kurfürstenthums Köln ausmachend, folgte sie der Gesetzgebung dieses Kurfürstenthums. Die älteste Verordnung, welche für den vorliegenden Zweck Interesse hat, ist demnach die Reformation des Kurfürsten Herrmann vom Jahre 1538, abgedruckt in Scotti Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kurfürstenthums Köln I. Theil Nr. 16. Es ist indessen die Frage angeregt, ob diese Verordnung, insofern sie sich über die Erbfolge verhält, je zur Anwendung gekommen. Der verstorbene Präsident des Appellations-Hofes zu Köln, Geheime Staatsrath Daniels in seiner Abhandlung von Testamenten nach Kurkölnischem Landrechte, Bonn 1791, verneint diese Frage, indem er den Nachweis zu stellen versucht, daß jener Verordnung ungeachtet es bei der alten Gewohnheit verblieben sey, wornach Erbgüter nur den Kindern der ersten Ehe zufielen. Die entscheidendste Veränderung brachte in diese Gewohnheiten die Rechts-Ordnung des Kurfürsten Maximilian Heinrich, deren erster Entwurf bereits 1660 vollendet war, deren Publikation aber erst am 16. März 1663 erfolgte. Sie erlangte indessen nur in dem Rheinischen Erzstifte und der Grafschaft Recklinghausen, nicht aber in dem gleichfalls zum Kurfürstenthum Köln gehörigen Herzogthum Westfalen Gesetzeskraft. Ihr folgten unter dem 12. März 1767 die Erläuterungen des Kurfürsten Maximilian Friedrich. Die Gutachten der Gerichte, welche zu diesen Erläuterungen vorher eingezogen wurden, finden sich in dem Handbuche Erzstiftisch-Kölnischer Rechten von A. J. Gilgen,

Köln 1783 abgedruckt. Bei dem ersten Rückblicke auf dieſe Hauptquellen unſeres ehelichen Güter-Rechts, wie dieſes, inſofern hiedurch eine eheliche Gütergemeinſchaft begründet war, durch die Allerhöchſte Cabinets-Ordre vom 8. Januar 1816 wieder hergeſtellt worden, dringt ſich bald die Bemerkung auf, daß die Verfaſſer der Rechts-Ordnung hauptſächlich von Römiſchen Rechtsideen geleitet die Grundſätze des letztern in alle Rechtsmaterien zu übertragen Bedacht nahmen, und auf dieſe Art ihrer Schöpfung im allgemeinen einen ganz fremden Charakter aufdrückten. Faßt man ferner das eheliche Güterrecht insbeſondere in ſeinen Hauptmomenten ins Auge*), ſo findet ſich, daß rückſichtlich des Princips die hieſige eheliche Gütergemeinſchaft nicht eine allgemeine ſondern eine partikulaire iſt, indem ſie nur die ſämmtliche eheliche Errungenſchaft, die ſämmtliche Fahrniß und die Gemeinſchaft der Nutzungen ſämmtlicher Güter befaßt; daß bei Trennung der Ehe durch den Tod von dieſer Gütermaſſe der überlebende Ehegatte die ſämmtliche Fahrniß ſo wie den Nießbrauch des ſämmtlichen Immobiliar-Vermögens behält, während die Immobiliar-Errungenſchaft bei beerbter Ehe auf die Kinder verfällt; bei nicht beerbter Ehe aber zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und nächſten Erben des Verſtorbenen vertheilt wird. Die Immobiliar-Delaten und Illaten des überlebenden

*) Schlüters Provinz. Recht der Grafſchaft Recklinghauſen §. 115 seq. Evelt Abhandlung in v. Kamptz Jahrbüchern der Preuß. Geſetzgebung, Bd. XXIX. S. 11.

Digitized by Google

Ehegatten verbleiben demselben eigenthümlich; die des verstorbenen Ehegatten fallen auf die Kinder oder nächsten Erben desselben. In Ansehung der Schulden kennt das Gesetz während der Ehe gar keinen Unterschied, ob dieselben zum Besten der ehelichen Gesellschaft gemacht, oder ob sich die beiden Eheleute zu denselben gemeinschaftlich verpflichtet haben. Man vermißt daher den sonst gewöhnlichen Unterschied zwischen sogenannter gemeiner oder nicht gemeiner Schuld. Erst nach Trennung der Ehe und wenn alsdann Auseinandersetzung bewirkt werden soll, tritt der Unterschied zwischen Mobiliar- und Immobiliar-Schulden hervor. Zu den erstern gehören die nicht verzinsten, welche ohne Ausnahme dem überlebenden Ehegatten zur Last fallen, ohne daß er einmal durch Entsagung auf die Fahrniß sich deren Zahlung entziehen kann. Bringt man nun diese allgemeine Charakteristik mit dem Satze in Verbindung, daß das Verfangenschaftsrecht, (wornach im Augenblicke der aufgelösten Ehe dem überlebenden Ehegatten alles bewegliche Vermögen und die Leibzucht des unbeweglichen Guts; den Kindern aber alles unbewegliche Vermögen, ohne Unterschied von welchem der Eltern es herrührt, verbleibt, oder nach anderen Ansichten eigenthümlich zufällt), im Kurfürstenthum Köln allgemein vorhin gegolten habe so wird es klar, daß erst mit der Rechts-Ordnung jene alte Devolutar-Erbfolge aufgehoben worden ist; daß aber die Verfasser der Rechts-Ordnung dadurch, daß sie die Devolution der Güter des überlebenden Ehegatten aufhoben, das Statut aus seinen Fugen gerissen haben. Daß aber das Verfangenschafts-

Recht vorhin in dem Kurfürstenthum Köln gegolten habe, wird schon durch die vorhin gedachte Reformation vom Jahre 1538 nachgewiesen, worin es heißt:

„Und darumb wird der gebrüch, als das die Kinder üs den ersten Bett geboren, allein geerbt sein sollen zu allen und jeden väterlichen und mütterlichen Gütern mit Uschließung der Nachkinder als der Miltigkeit der Rechten zuwider für onbillich erachtet.“

Ferneren Nachweis enthält die vorhin gedachte Abhandlung des Präsidenten Daniels, so wie das Werk des Herrn Davies: Lichtstrahlen über das finster umwölkte Verfangenschafts-Recht, Köln 1833.

Bei diesen Verhältnissen in Verbindung mit dem Entwickelungs-Gange, den die Institute der ehelichen Gütergemeinschaft unter den wechselnden Bedürfnissen des Lebens sich erst nach und nach ausbildend überhaupt nehmen, ist es erklärlich, daß die neue Schöpfung unserer Rechts-Ordnung, welche nur Bruchstücke des Teutschen und Römischen Rechts an die Stelle der alten Gewohnheiten setzte, für manche Verhältnisse ein sicheres Prinzip durchaus vermissen läßt. Dies ist insbesondere bei der Erbfolge mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Gläubiger gegen die Schuldner der Fall.

In den nachfolgenden Bemerkungen soll es versucht werden, diese Verhältnisse näher festzustellen.

I. Das Verhältniß der Erben untereinander betrachtet.

Nach unserm Statute wird das eingebrachte oder vererbte Immobiliar-Vermögen der Eheleute nicht gemein.

Digitized by Google

Wir finden die Erscheinung in den Ländern des Fränkischen Rechts, daß lebenslängliche Leibzucht des Ueberlebenden am vorhandenen Vermögen allgemein eintrat, (Mittermaiers Priv. R. §. 335. Note 11.) auch bei unserem Statute zwar wieder; die eigenliche Gemeinschaft befaßt indessen nur die Fahrniß und die ganze Errungenschaft. Wird die Ehe durch den Tod getrennt, so fällt die Fahrniß in allen Fällen auf den überlebenden Ehegatten, während die unbeweglichen errungenen Güter entweder bei kinderloser Ehe freundtheilig werden, oder den Kindern der Ehe allein zufallen. Die unverzinste Schuld (Mobiliarschuld) fällt dem überlebenden Ehegatten zur Last. Es erheben sich demnach zwei Hauptmassen, nämlich Mobiliarmasse, welche die ganze Fahrniß befaßt, ohne Rücksicht ob sie eingebracht oder erworben ist, und Immobiliarmasse, bei welcher der Hauptunterschied entsteht, ob die Immobilien zu den Illaten und Delaten des Ueberlebenden oder zu der Errungenschaft und zu den Eingebrachten, oder Delaten des Verstorbenen gehören. Diese zuletzt gedachten Immobilien vererben aber nicht so wie die Immobiliar-Errungenschaft. Denn bloß bei beerbter Ehe verfallen sie beide auf die Kinder, bei nicht beerbter Ehe aber fallen die Illata und Delata Immobilia des Verstorbenen dessen nächsten Erben zu, während zu der Errungenschaft der überlebende Ehegatte in diesem Falle zur Hälfte konkurrirt. Es ergibt sich hieraus demnach der Schluß, daß, da der überlebende seine Immobiliar-Illaten und Delaten zurücknimmt, diese zu der beerbenden Masse nicht gehören können; aber auch die inferirten und deferirten Immobilien des Ver-

Digitized by Google

ſtorbenen gehören nicht zu der Maſſe der Gütergemeinſchaft, denn ſie wurden, wenn ſie auch dem Nießbrauche des überlebenden Ehegatten unterworfen werden, doch von der Gütergemeinſchaft nicht im Leben befaßt, und können demnach auch nicht zum Bereich der Gütergemeinſchaft beim Tode des einen Ehegatten gerechnet werden, ſondern bilden ſeinen eigentlichen Nachlaß. Für die Maſſe der Gütergemeinſchaft bleibt demnach nur die Errungenſchaft und die Fahrniß ſo wie im Leben ſo auch beim Abſterben des einen Ehegatten als theilbare Maſſe übrig. In Rückſicht der Schulden tritt eine dreifache Rückſicht ein: das Statut unterſcheidet während des Lebens der Eheleute nirgends, ob die Schulden eingebracht oder während der Ehe contrahirt ſind. Nach dem Abſterben des einen Ehegatten erhebt ſich indeſſen der Unterſchied zwiſchen Mobilar- und Immobilar-Schulden. Wir erkennen demnach hier ebenfalls eine Maſſenſonderung, wornach ſämmtliche Mobilar-Schulden, ſie mögen eingebracht oder während der Ehe contrahirt ſeyn, eben ſo gut wie alle Mobilien, dieſe mögen herrühren, woher ſie wollen, dem überlebenden Ehegatten überwieſen werden. In Anſehung der Immobilar-Schulden trit wiederum eine Trennung ein, indem nach dem Verhältniſſe der Maſſen auch die Schulden vertheilt werden.

Es fallen demnach

1) die auf der eigentlichen Maſſe der Gütergemeinſchaft nämlich der Errungenſchaft haftenden Schulden dieſer letzteren zur Laſt. Denn (um mit Haſſe,

Beitrag zur Reviſion der Theorie von der Gütergemeinſchaft zu ſprechen) „die myſtiſche Perſon, die aus den beiden Eheleuten zuſammengeſetzt iſt, vergringerte durch jede Schuld, die ſie während der Ehe kontrahirte, nothwendig immer ihr poſitives Vermögen," wobei es, wenn ſonſt das Statut das Adminiſtrations-Recht des Mannes ſo weit ausdehnte, gleichgültig war, ob die Schuld dnrch beide Eheleute oder durch den Ehemann Namens der moraliſchen Perſon und als deren Adminiſtrator kontrahirt wurde. Traf nun der Fall ein, daß in der Ehe wenige, oder gar keine Immobilien erworben, dagegen aber viele Immobilar-Schulden contrahirt waren, ſo könnte man ſagen, es ſey gar keine Errungenſchaft vorhanden, da dieſe ihrem Begriffe nach doch etwas poſitives vorausſetze, und ſo ſey es demnach nicht einzuſehen, weshalb die Kinder der Ehe in dieſem Falle allein die Immobilar-Schulden der Ehe tragen ſollten? Dies ſey um ſo ungerechter, wenn der verſtorbene Ehegatte auch keine Illata et Delata Immobilia hinterlaſſe, und demnach den Kindern nichts verbleibe, während der überlebende Ehegatte ſeine Illaten für ſich behalte. Indeſſen ſelbſt auch wenn der Verſtorbene Illata et Delata Immobilia den Kindern vererbe, ſo bleibe das Verhältniß immer drückend, indem in dieſem Falle die Kinder dieſe Illaten ihrer Mutter aufopfern müßten, um die stante thoro von ihrem Vater kontrahirte Schuld zu decken, obſchon dieſer letztere ſeine

Immobilien für sich behalte, und für sich verzehre.

Allein abgesehen davon, daß dies Zweifel sind, welche nur in legislativer Hinsicht von Gewicht seyn könnten, ist zu berücksichtigen, daß die Kinder so lange der Vater lebt, keine Rechte auf dessen Vermögen, mithin auch nicht zum Widerspruche gegen das Verzehren des Vaters haben, daß sie aber, wenn dieser Vermögeu erübrigt, nach dem Statute selbst mit den Kindern zweiter Ehe hiebei zur Theilung gehen. Wenn sie das Vermögen ihrer Mutter aufopfern, so liegt auch hier wenigstens nichts Inkonsequentes, indem ja (wie wir später sehen) alle Schulden gemein werden und demnach das Vermögen der Mutter für die Schulden angegangen werden konnte, selbst wie der Vater noch lebte. Es kann sich eben so häufig die Sache vortheilhaft für die Kinder stellen, wenn nämlich viel erworben ist und keine Schulden kontrahirt sind.

2) Die eingebrachten Immobilar-Schulden des Verstorbenen werden von dessen Erben getragen; denn sie gehören zu seinem Nachlasse, während

3) die eingebrachten Immobilar-Schulden des Ueberlebenden auch nur diesem zur Last verbleiben.

(Der Beschluß folgt.)

XXXIII.

I. Die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westphalen nebst ihrer rechtlichen Entwickelung und Begründung aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Erster Band. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1832. gr. 8. S. 402. Zweiter Band. 1832. S. 460. Dritter Band. 1832. S. 334. Preis der 3 Bände 4½ Thlr.

II. Die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenberg in Westphalen, nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung, aus den Quellen dargestellt von Dr. Paul Wigand. Erster Band. Leipzig, F. A. Brockhaus 1834. gr. 8. S. 422. Zweiter Band. 1834. S. 493. Preis der 2 Bände 3½ Thlr.

Recension
von
Sommer.

Der als historischer Jurist schon rühmlichst bekannte Verfasser erhielt vom Ministerium für Revision der Gesetzgebung den Auftrag, das Provinzial-Gesetzbuch des Paderbornschen Ober-Landes-Gerichts-Bezirks zu entwerfen. Er kam dadurch in die so seltene Stellung, das, was bisher aus Liebe und Neigung gepflegt, Amts halber zu bearbeiten, und wir verdanken diesem Zusammentreffen zwei gründliche Werke, nicht blos wichtig der Provinz, sondern allen Germanisten.

Der erste Band des 1sten Werkes handelt im ersten Haupttheile das Provinzialrecht des Fürstenthums

Paderborn ab, und zwar im ersten Abschnitte die provinzialrechtlichen Institute, nämlich (Buch 1.) die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft, und (Buch 2.) das Meyerrecht. Im zweiten Abschnitte werden die (sonstigen) provinzialrechtlichen Zusätze und Ergänzungen zum allgemeinen Landrechte gegeben. Im zweiten Haupttheile ist das Provinzialrecht des Fürstenthums Corvey behandelt, und zwar im ersten Abschnitt: Meyerrecht und Dienste (da die Gütergemeinschaft hier nicht mehr, wie in Paderborn besteht, vielmehr im Verlauf der Zeiten untergegangen ist), und im zweiten Abschnitt werden (sonstige) provinzialrechtliche Zusätze und Ergänzungen zum allgemeinen Landrechte entworfen. — Alles das ist nun in einzelnen Paragraphen mit begründendenden und erläuternden sehr reichen Anmerkungen gegeben.

Der dritte Band liefert im ersten Theile die Rechtsgeschichte der ehelichen Gütergemeinschaft und zwar im ersten Abschnitt die geschichtliche Entwickelung des Instituts im Allgemeinen, und im zweiten Abschnitt die geschichtliche Begründung desselben im Fürstenthum Paderborn, dem ein dritter Abschnitt mit 28 urkundlichen und gesetzlichen Belegen sich anschließt. — Der zweite Theil enthält die Rechtsgeschichte der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, und insbesondere im ersten Abschnitt die geschichtliche Entwickelung derselben, und daraus hervorgezogenen Rechtsinstitute, so sich nun wieder in ältere Geschichte (Abth. 1.) und neuere Geschichte (Abth. 2.) theilt. Im zweiten Abschnitt (womit der dritte Band beginnt) werden die urkundlichen und gesetzlichen Belege zu diesem ersten Abschnitt gegeben, und zwar 37 für Paderborn und 19 für Corvey. — Der dritte Theil enthält die Landesordnungen und sonstigen Beweisstücke, durch welche die einzelnen provinzialrechtlichen Zusätze zum Allg. L. R. begründet werden, und zwar 38 für Paderborn und 18 für Corvey.

Das IIte Werk enthält im ersten Bande den Entwurf der Provinzialrechte für die bezeichneten Landestheile, und zwar der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft

Digitized by Google

(Buch 1.) und des Colonat- und Meyerrechts (Buch 2.), ebenfalls wie im Isten Werke mit erschöpfenden Anmerkungen zu den einzelnen §§. des Entwurfs. Der zweite Band gibt die geschichtliche Einleitung und die Quellen der im ersten Bande behandelten zwei Institute. An urkundlichen und gesetzlichen Belegen für die Gütergemeinschaft in dem Fürstenthum Minden und Grafschaft Ravensberg sind 27, in der Grafschaft Rietberg 4, in der Herrschaft Rheda 5, im Amt Reckenberg 2, und für das Colonat- und Meyerrecht im Fürstenthum Minden und Gr. Ravensberg 62, worunter auch die beiden Eigenthumsordnungen, in der Grafschaft Rietberg 16, für die Herrschaft Rheda 1 (das Publ. Patent der Münsterschen Eigenthumsordnung) abgedruckt. Die Quellen über die bäuerlichen Verhältnisse des sonst zum Osnabrückischen gehörenden Amts Reckenberg finden sich im Isten Werke bei Paderborn, wo nämlich auch die Osnabrückische Eigenthumsordnung gewissermaaßen recipirt war. Außer den erwähnten beiden Instituten sind hier nicht, wie beim Isten Werke die sonstigen Zusätze zum Allg. L. R., welche fast allein das praktische Interesse der einzelnen Landestheile berühren und selten eine wissenschaftliche Seite darbieten, behandelt.

Beide Werke sind sehr vortrefflich, sie bereichern die Wissenschaft des deutschen Privatrechts wesentlich, sie erhalten bei den Landesbewohnern die Geschichte und die Kenntniß ihrer Zustände, sie geben der gesetzgebenden Behörde sichere Anhalte, sie führen die Frage der Provinzialrechte der Entscheidung näher, wenn gleich vielleicht nicht immer im Sinne des Verfassers. Seine Liebe zu den behandelten Gegenständen hat ihn nämlich mitunter verleitet, Satzungen als noch praktisch bestehend anzunehmen, die es nicht mehr sind, z. B. im Isten Werke Bd. 1. S. 160. 349. 350. die früheren Befugnisse des Obereigenthümers der Meyergüter bei der Festsetzung von Brautschätzen, Leibzuchten, Caducität. — Auch dürfte überhaupt der Gesetzgeber aus diesem und ähnlichen Werken die Ueberzeugung entnehmen, daß die Provinzialrechte anders, als bisher beabsichtigt scheint, redigirt werden müssen. Was hier erstlich diejenigen

Institute betrifft, welche die Gesetzgebung aufgelöst hat, die bäuerlichen Verhältnisse, so gehören diese gar nicht ins Provinzialrecht, weil sie nicht mehr neu entstehen können, vielmehr im Absterben begriffen sind. Ihr Recht, so lange sie noch bestehen, wird ihnen aus den vorhandenen Quellen und neueren, den Uebergang zum gemeinrechtlichen Alode vermittelnden, Verordnungen, die nicht verloren gehen werden. Diese transitorischen Gegenstände können unseres Erachtens nicht Theil eines Provinzialrechts seyn, betreffen nur schon erworbene Rechte, schon vollendete Rechtszustände. Was zum anderen die Gütergemeinschaft betrifft, so braucht man nur die oft so unbedeutenden Difformitäten dieser Lehre in den einzelnen Landestheilen, veranlaßt oft durch Mißverständnisse nicht aber durch besondere Bedürfnisse derselben oder volksthümliche Rechts-Entwickelung, zu erwägen,*) um sich zu überzeugen, daß diese Raritäten nicht erhalten werden dürfen. Es muß vielmehr diese Lehre aus den Quellen durchdrungen und nun ein neues eheliches Güterrecht mit Ausscheidung aller unnöthigen Verschiedenheiten edirt werden. Mit Jubel würde die Provinz ein solches Provinzialgesetz begrüßen. Niemand hat Geschmack an den, dem Credit und der Rechts-Entwickelung durch Jurisprudenz so sehr nachtheiligen, Verschiedenheiten der Gütergemeinschaft, sie sind in der Regel keineswegs aus dem Volksleben hervorgegangen oder auch nur wesentlich in dasselbe übergegangen.

Wie nun aber auch die Provinzialrechte endlich redigirt, oder auch wenn sie gar nicht redigirt werden mögen, immerhin gebührt dem gelehrten Verf. der Dank der Provinz und aller Freunde des deutschen Privatrechts. Sein Werk wird von Jahr zu Jahr eine werthvollere Authorität werden, weßhalb es denn eigentlich auch zu wünschen wäre, wenn die Juristen der betreffenden Landestheile die etwaigen Einwendungen gegen den materiellen Theil des Werks zusammenstellten, damit auch diese zugleich auf die Nachwelt übergingen. Die Spalten unseres Archivs sind dafür geöffnet, indem wir nämlich hoffen, daß man es auch in Zukunft noch in Bibliotheken finden werde.

*) S. z. B. oben S. 542—544.

Digitized by Google

XXXIV.

Das positive Privatrecht in Fragen, Antworten und Tabellen I. nach dem Römischen Rechte; II. nach dem Gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, und III. nach dem Allgemeinen Landrechte für die Königl. Preußischen Staaten; als Leitfaden für die Rechtskandidaten Behufs ihrer Vorbereitung zur Prüfung, von Anton August Bernhard, Königl. Preuß. Patrimonialrichter in Oberschlesien. — 1tes Heft. Breslau, in Commission bei Aug. Schulz und Comp. 1835. gr. 8. XII. 168.

Recension

von

Sommer.

Unter die vielen möglichen Gesichtspunkte, aus welchem man die Rechtswissenschaft betrachten kann, gehört freilich auch der interrogatorische, welcher für uns grade ein sehr praktischer ist. Zwar ist das Examiniren zu Staats-Stellen bei uns noch nicht zur Vollkommenheit, wie in China, gebracht, allein nichts desto weniger ist es doch schon weit darin gekommen, und darf man den Berichten der Heimgekehrten trauen, so wird die Sache mit jedem Jahre schlimmer, vollends seit man die Unbilligkeit hat, die Referendarien noch mit dem gemeinen Rechte zu plagen, was mancher Preußischer Jurist von altem Schlage nach dem ersten Examen als nutzlosen Plunder weggeworfen, wenn er es überall je innegehabt! In diesen Nöthen erscheint nun das obige Werk wie gerufen. Wer es — und seine folgenden Hefte — ganz in sich aufgenommen hat, kann muthig sogar ins Rigorosum gehen. Allein freilich kann nur derjenige es in Saft und Blut verwandeln, der die Wissenschaft schon durchdrungen hat, und ein solcher wird auch ohne das Werk

Digitized by Google

fertig. Sein Werth besteht also darin, daß es anregt zum Studiren, daß es Manchem zeigen wird, wie unklar es noch in seinem Haupte aussieht, daß es manchem Andern Muth geben wird, das Ungeheure zu wagen. Wir wollen darum auch nicht vornehm über das Werk absprechen, obgleich es die Wissenschaft selbst nicht fördert, wird es doch für die Kandidaten nützlich seyn — und das ist mehr, als man von manchen unserer juristischen Compilationen ꝛc. ꝛc. sagen kann!

Der Verf. handelt in diesem Hefte das Gesetz ab in sieben Titeln: I. Begriff des Gesetzes. II. Entstehung und Quellen des G. III. Eintheilung des G. IV. Publikation des G. V. Anwendung des G. VI. Auslegung des G. VII. Aufhebung des G. In der ersten Abtheilung gibt er die Fragen (313.), in der zweiten die Antworten, und zwar diese nicht trocken, sondern mit allerhand angemessenen Bemerkungen. — Unter römisches Recht versteht der Verf. jus romanum purum mit besonderer Berücksichtigung der Quellen, unter gemeinem in Deutschland geltenden Rechte aber den Inbegriff derjenigen, aus dem römischen und canonischen Rechte in Verbindung mit dem ursprünglich deutschen Rechte und den Meinungen der Rechtslehrer, entstandenen Vorschriften, welche in Deutschland allgemein als Gesetze und Rechtswahrheiten anerkannt und beobachtet werden. Er hat diese drei Systeme, röm., gem. und Preuß nur da besonders oder einzeln vorgetragen, wo sie von einander wesentlich abweichen; sonst aber gilt der Text für alle drei Systeme zusammen, und es sind nur einzelne Abweichungen des einen Systems vor dem anderen angegeben worden. Etwas Rechtsgeschichte für den Hausbedarf findet sich auch.

Der geneigte Leser sieht also, was er zu erwarten hat. Der Verf. hat, wie er versichert — und man sieht es auch am Werke — schon Manchen zum Examen eingeübt. Einige Fragen versetzen unwillkürlich in eine obligate Heiterkeit, z. B. §. 33.: „Auf welche Art und Weise wird hiegegen eine allegirte Gesetzstelle in Justinians Institutionen, Pandekten und Codex aufgesucht?“ Der Verf. muß seine Gründe zu dieser Frage gehabt haben, und vor noch nicht gar langer Zeit soll es wirklich Preußische Juristen gegeben haben, die eine solche Frage in Verlegenheit setzte. Das war doch ein rechter Jammer, und gab ein Bild des Rechtszustandes, das wir hier nicht weiter ausmahlen wollen.

Vielleicht geben uns die folgenden Hefte Gelegenheit, etwas ins Einzelne zu gehen.

Digitized by Google

Uebersicht

der neuesten juristischen Literatur vom 1. October bis 1. December 1835.

Beseler, G., die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil. Die Vergabungen von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte. gr. 8. Göttingen, Dieterichsche Buchhandlung. 1 Thlr. 10 Sgr.

Brewer, J. P., Geschichte der Französchen Gerichts-Verfassung vom Ursprung der Fränkischen Monarchie bis zu unseren Zeiten. Aus den Quellen und besten Schriftstellern dargestellt. 1r Thl. gr. 8. Düsseldorf, Schreiner. 2 Thlr. 15 Sgr.

Buß, F. J., Zur Lehre von dem Geschworenengerichte, Geschichtliches und Dogmatisches, zumal über das Verhältniß dieser Institution zur politischen Freiheit der Völker, und ins Besondere zur constitutionellen Monarchie. Heft 1. gr. 8. Freiburg, Gebrüder Groos. 20 Sgr.

Cesarini, E., Principii del diritto commerciale secondo lo spirito delle leggi pontificie. Tomo VII. gr. 8. Roma, 1834. (Monaco, Daisenberger.) br. 1 Thlr.

Collmann, Dr. J. A., de Romanorum judicio recuperatorio commentatio. 8. maj. Berolini, Reimer. 12½ Sgr.

Codex der Europäischen Wechselrechte oder Allgemeine Sammlung der heutzutage in Europa geltenden Wechselgesetze. Zwei Bände in Lieferungen zu 12 Bogen. gr. 8. Nürnberg, Schrag. 1ste und 2te Liefrg. 1 Thlr. 20 Sgr.

Dollinger, Dr. T., ausführliche Erläuterung des zweiten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von §. 44—77. 1r Bd. (Ehe-Recht 1r Theil. Neue Auflage.) gr. 8. Wien, v. Mösle. 2 Thlr.

Donelli, H., Commentarii de jure civili. Edit. V. quam cur. Aulae Consil. et Prof. Dr. C. Buchner. Vol. XVI. Conspectum totius operis atque varios indices cont. 8 maj. Norimbergae. Bauer et Raspe. 2 Thlr.

Alle 16 Bde. 31½ Thlr.

Fahne, A., das Fenster- und Lichtrecht nach römischem, gemeinen deutschem, preußischem und französischem Rechte. gr. 8. Berlin, Th. Brandenburg sen. geh. 17½ Sgr.

Fichte's, J. G., nachgelassene Werke, herausgegeben von J. H. Fichte. 2r Bd. — Auch unter dem Titel: Fichte's Wissenschaftslehre und das System der Rechtslehre; vorgetragen an der Universität zu Berlin in den Jahren 1804, 1812 und 1813. gr. 8. Bonn, Marcus. 2 Thlr. 15 Sgr.

Digitized by Google

Fragmenta versionis graecae legum Rotharis Longobadorum Regis. Ex Codice Paris. Gr. 1834. Primus edid. Dr. C. E. Zachariae. 8 maj. Heidelberg, Osswald. 11½ Sgr.

Franz, F. C., topographisch-statistische Beiträge zur Kenntniß der Lehdenverhältnisse, besonders aber zur richtigen Beurtheilung der Ablösung, Zerschlagung und Zusammenlegung der Grundstücke im Königreich Sachsen. gr. 8. Dresden, Grimmersche Buchhandlung. geh. 11½ Sgr.

Fritzsche, C. L., über die Todesstrafe. Ein Versuch zur Vertheidigung derselben gegen die Ansichten des ehemaligen Herrn Marquis v. Beccaria, und des Herrn Professor Dr. Grohmanns in Hamburg. gr. 8. Leipzig, Kummer. 10 Sgr.

— Dr. F. V., de sortitione judicum apud Athenienses commentatio. 8 maj. Lipsiae, Lehnhold. geh. 15 Sgr.

Fuhr, J. W. L. F. und E. Hoffmann, civilistische Versuche, 1s Heft. gr. 8. Darmstadt, Lange. 20 Sgr.

Geib, Dr. G., Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland während der türkischen Herrschaft und bis zur Ankunft des Königs Otto I. gr. 8. Heidelberg, Winter. 1 Thlr.

Gerichts-Ordnung, Allgemeine, für die Preußischen Staaten. Neue unveränderte, mit dem Abdrucke der Ausgabe vom Jahre 1816 wörtlich übereinstimmende, Auflage. 2 Thle. und Register. gr. 12. Berlin, Reimer. 2 Thlr. 15 Sgr.

Gesetzbuch Napoleons, oder das in den Königl. Preuß. Rhein-Provinzen geltende bürgerliche Recht. Uebersetzt von dem Justizrath P. F. Cremer. 1ste Lieferung. Zweite vermehrte Auflage. 8. Crefeld, Schüller. geh. 5 Sgr.

Gesterding, Dr. F. C., Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 5r Thl. 1e Abthlg. gr. 8. Greifswalde, Koch. 1 Thlr. 12½ Sgr.

Glück, Dr. C. F., ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar. Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von Dr. C. F. Mühlenbruch. 38r Thl. gr. 8. Erlangen, Palmsche Verlagsbuchhandlung. 1 Thlr.

Handbuch der für die Königl. Preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze, Verordnungen und Regierungsbeschlüsse aus der Zeit der Fremdherrschaft. Herausgeg. von Dr. A. v. Daniels. Dritter Band. gr. 8. Köln a. R., Bachem. 3 Thlr. 15 Sgr.

Handelsgesetzbuch, das, der Königl. Preuß. Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert von E. A. Broicher und F. F. Grimm. gr. 8. Köln a. R., Bachem. 2 Thlr. 10 Sgr.

Kirchenrecht, das Wenceslaische und das Casparische, nebst der Declaratoria des Erzherzogs Karl über den 3. Artikel des Wencesl. Kirchenrechts. gr. 8. Breslau, Schletter. geh. 10 Sgr.

v. Kobbe.

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Zweiter Jahrgang.

Viertes Heft.

Arnsberg, 1836

bei A. L. Ritter.

Digiti

Digitized by Google

Inhalt des vierten Heftes
zweiten Jahrgangs.

Seite

XXXV. Ueber Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen. Zweiter Beitrag. Von Hrn. Ober-Landesgerichts-Assessor Piners in Arnsberg 551

XXXVI. Verträge über das Eigenthum an Immobilien von nicht über 50 Thlr. nnterliegen nicht unbedingt, sondern in der Regel gar nicht der schriftlichen Form. Von Sommer . . . 599

XXXVII. 1) Ob der Vorbehalt des Eigenthums den Verkäufer zur Aufhebung des Vertrages selbst berechtiget, oder
2) welche sonstige Rechtsverhältnisse die Ausübung jenes Vorbehalts herbeiführe.
Rechtsfall mit Abhandlung von Sommer. . 614

XXXVIII. Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht. Von Fr. Th. Boele 627

XXXIX. Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuteruug der Kurkölnischen Rechts-Ordnung. Von Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor Evelt in Dorsten. (Beschluß.) 652

XL. Ob Handlungsgesellschafter, zwischen denen nur ein mündlicher Societäts-Contract besteht, Dritten aus Verträgen einzelner Gesellschafter verhaftet seyen? Rechtsiall und Abhandlung von Sommer 674

XLI. Geschichte der französischen Gerichts-Verfassung vom Ursprung der Fränkischen Monarchie bis zu unsern Zeiien. Aus den Quellen und besten Schriftstellern dargestellt von Joh. Paul Brewer, Professor der Physik zu Düsseldorf. Erster Theil. Recension von Sommer 679

Digitized by Google

Seite

XLII. Ob eine unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begründete Verletzungsklage des Verletzers nach Einführung des allgemeinen Landrechts in den kurzen Fristen der landrechtlichen Verletzungsklage des Käufers verjähre? Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer . . . 683

XLIII. Ob im Herzogthum Westphalen jeder Eingesessene der keine alte Sohlstätte besitzt, als Beilieger der Gemeinde zu einer jährlichen Abgabe von 2 Thlr. verhaftet, oder ob diese Abgabe nur ein fixirter Beitrag zu den Communallasten sey, so, daß sie wegfalle, wo der Eingesessene zu den Communallasten selbst beiträgt? Rechtsfall, mitgetheilt und eingeleitet von Sommer . . . 695

XLIV. Ueber Ehesachen und insbesondere Ehescheidungen, uneheliche Vaterschaft, Stuprum und Bordelle, in Beziehung auf Gesetzgebung und anderweite obrigkeitliche Behandlung. Ein Beitrag zur Revision des Preußischen Allgem. Landrechts. Von F. v. G.

„Dein Reich komme."

„Dein Wille geschehe wie im Himmel, also auch auf Erden."

Recension von Sommer 700

XLV. Die Hypothek des Eigenthümers. Ein Versuch über den §. 52. des Anhanges zum Allgemeinen Preußischen Landrecht und die Declaration vom 3. April 1824. Von Albert Friedr. von der Hagen, Dr. der Philosophie, Königl. Preuß. Ober-Landesgerichts-Assessor. Arnsberg, 1836. Bei A. L. Ritter. Recension von Sommer 704

XLVI. Handbuch des Preuß. Privatrechts, als zweiter Theil des Handbuchs des Preuß. Civilrechts. Von Temme, Königl. Kreis-Justiz-Rath und Mitglied des literarischen Vereins der Grafschaft Mark (jetzt Director des Inquisitoriats zu Stendal). Recension von Sommer . . 717

Uebersicht der neuesten juristischen Literatur vom December 1835 bis März 1836.

Digitized by Google

XXXV.

Ueber die Auffolge in Bauerngüter, in drei Beiträgen.

Zweiter Beitrag.*)

Succession bei fortbestehendem Heimfallsrechte in denjenigen Landestheilen, worin die Gesetze vom 21. April 1825 Kraft haben.

Vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Piners** in Arnsberg.

Bald nach dem Erscheinen der vielbesprochenen Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 24. November 1833 erhielt der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes von seinem damaligen Vorgesetzten und Freunde, dem Herrn Land- und Stadtgerichts-Direktor Evelt zu Dorsten den Auftrag, die Zweifel, welche sich bei der Anwendung

*) S. Heft 1. S. 201 ff.

dieses Gesetzes in Bearbeitung der Vormundschaften ergaben, zusammen zu stellen, und der vorgesetzten Dienstbehörde vorzulegen. Die Arbeit hat späterhin das zur Erklärung des Gesetzes so wichtige Ministerialrescript vom 26. August 1834 [1]) veranlaßt, und ist auf diese Weise, ohne daß der Verfasser sich freilich deshalb Verdienste beilegen könnte, nicht fruchtlos geblieben. Ich wage es, sie jetzt, in mehrfach erweiterter und, wie ich hoffe, verbesserter Gestalt, dem größeren Publikum vorzulegen, und begleite diesen Versuch mit dem Wunsche, etwas zum richtigen Verständnisse des Gesetzes beigetragen zu haben.

§. 1.

Bestimmungen der Gesetze vom 21. April 1825 über die Succession bei fortbestehendem Heimfalle. — Verschiedene Auslegungen. Deklaration vom 24. November 1833.

Ueber die Auffolge in bäuerliche Besitzungen enthalten die drei Gesetze für die vormals Westphälischen, für die vormals Bergischen und für die vormals Französischen Landestheile drei, völlig konform abgefaßte Bestimmungen:

1) „Dem Gutsherrn steht kein Recht in Ansehung der Erziehung und der Bestimmung der Kinder zu Bauern zu. Auch kann er ihnen weder die Verbindlichkeit auflegen, bei dem Bauernstande

---

[1]) Jahrbücher Bd. 44. S. 68 ff.

Digitized by Google

und dem Gewerbe ihrer Eltern zu bleiben, noch sie verhindern, sich außerhalb des Bauernguts niederzulassen, und ihm steht eben so wenig das Recht zu, unter mehreren Miterben den Annehmer einer bäuerlichen Stelle zu bestimmen."

2) "Fällt bei einer Vererbung das Gut an mehrere Erben, so kann der Gutsherr verlangen, daß dieselben Einen aus ihrer Mitte bestimmen, welcher das Gut zu übernehmen hat."

3) "Das Heimfallsrecht dauert in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort. So lange ein solches Heimfallsrecht unabgelöset besteht, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denselben Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden."

Die letzte Bestimmung ist ein Gegenstand des Haders unter den Partheien und des Streites in den Gerichtshöfen geworden. Geht man von der wörtlichen Auffassung aus, so kann darüber kein Zweifel obwalten, daß bei der Succession der alte ordo succedendi wieder hergestellt sey; diese Ansicht hat von je her ihren Vertheidiger gefunden in Dr. Wigand [2]) und das Ober-

---

[2]) Vergleiche Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvei Bd. II. S. 455 folg. Provinzialrecht von Minden I. S. 194—202. S. 360—361. Der Herr Verfasser konnte in einem Nachtrage S. 421. den Sieg seiner Ansicht verkünden.

Digitized by Google

Landesgericht Hamm hat sie stets in judicando angewandt,[3]) wogegen des geheime Ober-Tribual in seinen Ansichten sehr geschwankt hat.[4]) Sieht man dagegen mehr auf den Zusammenhang, als die Worte des Gesetzes, so muß man sich allerdings der Auslegung geneigt erklären, welche annimmt, daß der Gesetzgeber in der angeführten Stelle nur habe sagen wollen, das Gut könne zum Nachtheil des Gutsherrn bei fortbestehendem Heimfall an keinen gelangen, welcher nach den früheren Gesetzen nicht dazu berufen sey, oder richtiger ausgedrückt, es könne keine Succession statt finden, welche die Rechte des Gutsherrn beeinträchtige. Dieser Ansicht folgten die meisten Gerichte und größtentheils auch das geheime Ober-Tribunal.[5])

Der Streit hat endlich durch die in der Aller-

---

[3]) Vergleiche v. Rönne allg. eheliche Gütergemeinschaft für Cleve und Mark. Halle, 1832. S. 315 — 319.

[4]) cfr. Simon und v. Strampffs Rechtssprüche Band II. S. 410—424. und das Erkenntniß bei Wigand Provinzialrecht für Minden S. 360., welches die Ansicht von Wigand theilt. Diese ist indeß später in einem am 13. December 1833 beim Land- und Stadtgerichte Dorsten publicirten Erkenntnisse in causa Heitfeld gegen Sommerhoff wieder verlassen. s. Heft III. des Neuen Archivs von 1835. S. 459 ff.

[5]) cfr. Circular des Pupillen-Collegiums zu Münster vom 17. März 1827 v. Kamptz Jahrbücher Bd. 29. S. 259. Schlüters Provinzialrecht I. Band S. 33. Vogelsang Grundbesitz ꝛc. Minden, 1832. §. 29. S. 38 folg.

Digitized by G

höchsten Cabinets-Ordre vom 24. November 1833.[6]) seine Erledigung gefunden.

„Wenn das Gesetz — so heißt es dort — für die vormals Westphälischen Landestheile im §. 37., für die vormals Bergischen im §. 24. und für die vormals Französischen im §. 23. vorschreibt, daß ein dem Heimfall unterworfenes Grundstück, so lange derselbe unabgelöst ist, nach den Grundsätzen vererbt werden soll, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden, so ist von Mir nicht beabsichtigt, die Anwendung der früheren Vererbungsgrundsätze auf das Verhältniß des Gutsbesitzers zu dem Heimfallsberechtigten zu beschränken, vielmehr dadurch verordnet, daß die Grundsätze auch bei der Auseinandersetzung der Erben unter einander beobachtet werden sollen."

Nicht also blos zur Conservation der Rechte des Gutsherrn ist die Bestimmung gegeben, sie soll auch bei der Auseinandersetzung unter den Erben wirken, mithin nur derjenige das Gut bekommen, welche dazu nach den früheren Gesetzen berufen war. (Vergl. unten §. 12.)

§. 2.

Rückwirkende Kraft der Deklaratoria.

Durch jene Declaratoria war aber der Streit nicht geschlichtet; man hatte nämlich sich nicht nur über die Auslegung jener Disposition gestritten, sondern man hatte auch nicht darüber zur Einigkeit kommen können, wie

---

[6]) Gesetz-Sammlung S. 292.

weit in diesem Punkte dem Gesetze vom 21. April 1825 rückwirkende Kraft beizulegen sey, ob die Wiederherstellung der alten Successionsordnung sich nur auf die nach dem Erscheinen des Gesetzes eintretenden Vererbungsfälle beziehe, oder ob sie auch die vergangene Zeit bis zur Einführung der fremdherrlichen Gesetze beherrsche. Wir haben über diese Frage bereits widersprechende Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofes[7]) und man muß es mit warmen Danke anerkennen, daß auf den Bericht des Königlichen Staatsministerii vom 29. Juni 1835 die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 1. August 1835 — G. S. von 1835 S. 180. — eine Streitfrage entschieden ist, welche die reichhaltigste Quelle von Prozessen zu werden drohte.

„Es soll die Declaratoria vom 24. November 1833 allerdings bis auf den Zeitpunkt der Publikation des dadurch deklarirten Gesetzes, aber auch nicht weiter sich zurück erstrecken."

Indem wir bei unserer Arbeit hauptsächlich das praktische Interesse im Auge haben, so könnten wir füglich eine nähere Erörterung der für die Praxis nun beendigten und der Wissenschaft lediglich anheim gefallenen Controverse vermeiden: allein die Frage über die rückwirkende Kraft der gutsherrlich-bäuerlichen Gesetze ist durch die eben gedachte Cabinets-Ordre nur grade für diesen einzelnen Punkt, die Anwendung auf frühere Successionsfälle, zur Entscheidung gebracht, ohne daß

---

[7]) Neues Archiv II Jahrgang. 1. Heft. S. 162.

dadurch ein Princip für die Rückanwendung des Gesetzes überhaupt ausgesprochen ist. Es sey uns deshalb noch eine kleine Digression über diese Frage erlaubt.

Die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 5. März 1815 suspendirte die gutsherrlich-bäuerlichen Processe und es wurde auf die Bearbeitung eines neuen Gesetzes Bedacht genommen. Dies erschien nach fünfjährigem Harren beider Partheien unter dem 25. September 1820. In §. 1. dieses Gesetzes wird zuvörderst gesagt: es sey nicht Absicht gewesen, mit Einführung der Preuß. allgemeinen Gesetzgebung auch in Ansehung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse die fremden Gesetze abzuschaffen, und die Preußischen einzuführen. Sodann heißt es wörtlich:

„Es sind jedoch selbige vom Tage der Publikation des Gesetzes vom 25. September 1820, so weit sie sich auf jene Verhältnisse und die Zehnten beziehen, gänzlich abgeschafft. Es sind vielmehr dieselben hinfort lediglich nach dem gegenwärtigen Gesetze zu beurtheilen."

In den späteren Gesetzen vom 21. April 1825 werden in §. 1. die namentlich aufgeführten fremdherrlichen Gesetze „gänzlich außer Kraft gesetzt" und in §. 2. wird weiter bestimmt, daß an die Stelle dieser aufgehobenen Gesetze das gegenwärtige Gesetz nebst der künftigen Ablöseordnung trete. Ferner heißt es im Titel VI. „Allgemeine Bestimmungen."

„So weit Gegenstände dieses Gesetzes durch Vergleich, Judikat oder sonst rechtsgültig bereits festgesetzt sind, behält es dabei in so fern sein Bewenden, als dadurch nicht solche Gerechtsame, die nach dem gegenwärtigen

Gesetze ohne Entschädigung abgeschafft sind, unverwandelt aufrecht erhalten werden sollen" — —

Der Titel IV. des Gesetzes handelt von der Verbindlichkeit des Gutsherrn, die Steuern zu übernehmen, oder einen Beitrag zu leisten und enthält zum Schluß die Bestimmung:

„Wenn bei abgetragenen Leistungen seit der wirklichen Einführung der unter fremder Herrschaft auferlegten Grundsteuer anders, als nach den im gegenwärtigen Titel enthaltenen Vorschriften verfahren worden ist, so soll es bei den Bestimmungen der allgemeinen Gesetze über das zu viel oder zu wenig Bezahlte sein Bewenden behalten."

Durch diese Bestimmungen ist die rückwirkende Kraft des Gesetzes im allgemeinen deutlich ausgesprochen, und es entsteht nur die Frage, ob und welchen Beschränkungen sie unterliegt? Diese wird sich aus einer näheren Betrachtung des Gesetzes selbst leicht beantworten lassen.

Wie die den drei Gesetzen vorausgeschickte Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 21. April 1825 so wahr als schön bemerkt, hatten die fremdherrlichen Gesetze einen unzweifelhaften Rechtszustand begründet; mit dem Augenblicke der Publikation jener Gesetze hörten die dem Gutsherrn entzogenen Rechte auf, und der Bauer erlangte sofort die Freiheit von den aufgehobenen Lasten. Sollte nun an diesem Rechtszustande gar nichts geändert, keine jura quaesita umgestaltet werden, so war ein neues Gesetz nicht möglich, so wenig wie die früheren fremdherrlichen Gesetze ohne Verletzung erworbener Rechte ins Leben treten konnten. Ohne rückwirkende Kraft hätte

Digitized by Google

das Gesetz den Gegenstand seiner Anwendung verloren. Daraus folgt nun aber freilich noch nicht, daß Rechtsverhältnisse, welche nach den früheren gesetzlichen Bestimmungen bereits abgeschlossen waren, nun ebenfalls nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden sollen, z. B. wird daraus, daß der Gesetzgeber eine auf dem Grundbesitze haftende Abgabe aufhebt, kein Jurist die Folgerung ziehen, daß auch die vor Publikation des Gesetzes fälligen Abgaben nicht mehr gefordert werden können.

Bei Erlassung der gutsherrlich-bäuerlichen Gesetze vom 25. September 1820 und 21. April 1825 mußten aber zwei Umstände den Gesetzgeber veranlassen, die rückwirkende Kraft weiter auszudehnen, als es die Natur der Gesetze grade erforderte. Einmal waren die fremdherrlichen Gesetze zum Theil lückenhaft und dunkel, sie unterlagen einer mehrfachen Auslegung und hatten die verwickeltsten Processe hervorgerufen; zweitens waren die gutsherrlich-bäuerlichen Processe alsbald nach der Besitznahme suspendirt worden, und man hatte auf ein neu zu erlassendes Gesetz hingewiesen. Aus dieser Anschauung der Verhältnisse erklären sich die die rückwirkende Kraft aussprechenden Bestimmungen im Tit. IV. und VI.

Hiernach ist die rückwirkende Kraft

1) durch die Natur des Gesetzes selbst gegeben, aber diese geht nicht auf die nach den früheren Gesetzen bereits abgeschlossenen Rechtsverhältnisse;
2) sie ist in einzelnen Dispositionen des Gesetzes, namentlich was die rückständigen Abgaben betrifft, zur Erledigung der in den fremdherrlichen Gesetzen

Digitized by Google

liegenden Dunkelheiten ausgesprochen. Diese Rückwirkung kann aber nicht weiter gehen, als sie der Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben hat.

Wenden wir dies auf den durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 16. August 1835 entschiedenen Fall an: Wie die in dem Ministerial-Rescripte vom 20. August 1834 mitgetheilte Geschichte des Gesetzes ausweist,[8]) ist die Succession bei fortbestehendem Heimfallsrechte nicht einmal als im Interesse des Gutsherrn hergestellt zu betrachten, der auch in der That nur bei der Frage über das jus succedendi betheiligt ist. Wurde desungeachtet über den ordo succedendi eine neue Bestimmung erlassen, so konnte die rückwirkende Kraft zunächst nicht in dem Geiste des Gesetzes an sich liegen, welches hier bereits ein völlig abgeschlossenes Rechtsverhältniß, eine Succession, die nach den älteren Gesetzen eröffnet war, vorfand; es hätte also, wenn die rückwirkende Kraft dennoch eintreten sollte, eben so sehr einer ausdrücklichen Disposition des Gesetzes bedurft, wie bei den bereits fälligen Abgaben.

§. 4.

Anwendung des Gesetzes auf Fälle, wo nach den früheren Provinzialverordnungen dem Gutsherrn das Wahlrecht des Gutsauffolgers zustand.

Die Münstersche Eigenthumsordnung legt dem Gutsherrn ein unbeschränktes Wahlrecht unter den Kindern

---

[8]) Vergleiche Sommer in der Abhandlung über den Heimfall im neuen Archiv II. Jahrg. I. Heft. S. 146 folg.

Digitized by Google

des Anerben bei.[9]) Dies Wahlrecht ist nach der im §. 1. Nr. 1. angeführten gesetzlichen Bestimmung aufgehoben, und dennoch soll die alte Successionsordnung eintreten, ohne daß — wenn die Eltern den successor nicht ernannt haben — ein bestimmter Auffolger vom Gesetze gerufen ist. Man hat hier zu helfen gesucht. Schepers[10]) sagt:

„Jeder Berufene hat gleiches Recht zur Uebernahme des Erbes gegen Abfindung der Uebrigen mit einem — — Brautschatze, Keiner hat eine portio virilis vom Erbe, wie von einer res communis im Sinne des Römischen Rechts zu fordern; und jenem Rechte eines Jeden zur Colonatsübernahme steht gegenüber das Recht jedes Andern auf Brautschatz. Es sind z. B. sieben Kinder da, so besteht die auseinanderzusetzende Masse aus 6 Brautschätzen, und dem Colonate cum onere, jene auszuzahlen — — — — Also findet der §. 88. I. 17. des Allg. L. R. Anwendung: „Können die Interessenten wegen Zuschlagung der einzelnen Theile sich nicht vereinigen, so entscheidet das Loos.“ “

Wir halten diese Ansicht nicht für richtig. Ist die Succession durch das Absterben des Anerben erledigt, und hat derselbe mehrere zur Auffolge gleich berechtigte Kinder, so besteht die auseinander zu setzende Masse keineswegs, wie Schepers in dem gewählten Beispiele

---

[9]) E. O. II. IX §. 1.

[10]) Archiv I. Jahrg. S. 734.

dafür hält, aus 6 Brautschätzen und dem Colonate cum onere, vielmehr sind die 7 Kinder condomini des ganzen Guts, jeder hat portionem virilem am Gute. Grade dies leugnet Schepers und bestreitet deshalb die Anwendbarkeit des §. 89. I. 17. Allg. L. R. Wir fragen aber zunächst: wenn keiner der 7 Kinder condominus, keiner auch Alleineigenthümer ist, wie soll es dann mit dem Eigenthume des Guts bis dahin stehen, daß die Würfel entschieden haben? Das Gut wäre bis dahin res nullius, da wir nach Allg. L. R. eine Repräsentation durch die hereditas nicht kennen. Uns scheint die Sache so zu liegen: Durch das Absterben des Anerben sind nicht nur sämmtliche 7 Geschwister mit gleichem Rechte zur Succession in das Gut berufen, sondern sie sind auch condomini aus dem ganz einfachen Grunde, weil keinem die hergestellte alte Successionsordnung zur Seite steht, da keiner von ihnen darnach gerufen ist, und also die übrigen Miterben ausschließen kann. Das Vorhandenseyn von 6 Brautschätzen und einem Gute cum onere, sie zu zahlen — um auf das gestellte Beispiel zurück zu gehen — wird erst durch die Existenz eines bestimmten allein gerufenen Anerben bedingt, und nicht umgekehrt der Anerbe durch die ohne ihn gar nicht existirenden Theilnahmerechte. Nur dadurch daß ein Anerbe gerufen ist, der auf das ganze Colonat ein Recht hat, entstehen die 7 Theile, wovon der eine das Gut, die übrigen die Brautschätze bilden. Nur der alte ordo succedendi ist hergestellt, kein neuer bisher unerhörter soll durchs Loos geschaffen werden. Die Geschwister können freilich das Gut nicht

Digitized by Google

theilen, so lange noch eine bäuerliche Leistung darauf haftet, unterliegen aber bei der Auseinandersetzung keinen weiteren Beschränkungen. Sie können die Beschränkung durch Ablöse der Lasten aufheben, und sodann zur Naturaltheilung schreiten, sie können das Gut subhastiren. Keiner hat ein Recht zum Widerspruch: der Staat nicht, weil ein Verbotsgesetz hiergegen nicht existirt, der Gutsherr nicht, weil sein Recht nur so weit reicht, daß er der Theilung vor der Ablöse widersprechen kann, keiner der Miterben, da sie alle mit gleichem Rechte gerufen sind, und keinem ein Titel zur Seite steht, aus welchem er die Andern vom Gute ausschließen könnte.

Es findet also in einem solchen Falle unseres Erachtens die Vorschrift des Allg. L. R. I. 17. §. 90. zum Zwecke der Auseinandersetzung ihre volle Anwendung.

§. 5.

Was erhält der Gutsnachfolger?

Die romanisirenden deutschen Juristen hatten bei den Leibeigenen nach und nach den Satz geltend zu machen gesucht: quidquid servus acquirit, domino acquirit. Man brauchte indeß die Bescheidenheit, den Leibeigenen die Früchte seines eigenen Fleißes verzehren zu lassen. War aber eimal der Sterbfall über seinen Erwerb hinweg gegangen, so wurde derselbe Zubehör des Guts.[11]) Hier kann von einem Allodialnachlasse nicht

---

[11]) Münst. E. O. II. 1. §. 4. Minden-Rav. E. O. III. §. 4. Vergl. Wigand Prov. R. für Paderborn I. Bd. S. 127 folg. Prov. R. für Minden I. Bd. S. 270 folg.

die Rede seyn, die Geschwister des Anerben erhalten nur ihren Brautschatz und können zur Zahlung der Schulden nicht weiter herangezogen werden. Der Anerbe ist der successor universalis. Bei nicht eigenbehörigen Gütern gab es dagegen einen Allodialnachlaß, welcher der Succession nach den Regeln der Intestaterbfolge unterlag, aber auch hier wurden die zur Bewirthschaftung des Guts nothwendigen Gegenstände für den Auffolger abgesondert. Selbst bei freien Gütern, wo observanzmäßig eine bestimmte Succession bestand [12]) bekam der Anerbe das Gut nie als einen nackten fundus, sondern es wurde das Gutsinventar vom übrigen Nachlasse abgesondert, und es ist schwerlich ein Gesetz oder eine Observanz nachzuweisen, wornach ein Anerbenrecht bei Bauerngütern bestand, und der Auffolger nicht auch zugleich mit dem Gute Gebäulichkeiten und Inventar erhielt, wenn gleich dieselben den gutsherrlichen Rechten nicht unterworfen waren. [13])

Nachdem jetzt bei den dem Heimfallsrechte unterworfenen Gütern die alte Successionsordnung wieder hergestellt ist, soll, wie behauptet wird [14]), das Gut ent-

---

[12]) So bei den im Veste Recklinghausen hin und wieder vorkommenden Erbgütern cfr. Rive über Bauerngüterwesen. S. 295—296.

[13]) Für das Herzogthum Westphalen vergl. Sommer Commentar I. Theil. S. 42.

[14]) Schepers l. c. S. 735. 736. Sommer ibid. not. and in der angeführten Abhandlung über den Heimfall S. 157. 158.

Digitized by Google

blößt von dem Inventar auf den Nachfolger übergehen. Wir würden hier also dem Effecte nach eine separatio feudi ab allodio haben, und dabei die Grundsätze des Allg. L. R. I. 18. §. 506 folg. analogisch anwenden müssen; der Auffolger würde das ganze Gutsinventar, die Gebäulichkeiten, Meliorationen, Zäune, Planken, und alle die tausend Kleinigkeiten, welche wir zum Gute rechnen, die aber in der Regel mit dem Gute nicht verliehen sind, mit den übrigen Erben zu theilen haben. Eine solche succession in den nackten fundus würde selten einen Werth haben, da die auf dem Gute lastenden Abgaben an Korn, Diensten u. s. w. häufig den Werth des Bodens erschöpfen. Sie würde noch schlechter, wie freie Theilung seyn, denn sie würde den Anerben bei dem ohnehin schon so sehr gesunkenen Grundwerthe durch Abfindungen seiner Geschwister von dem Inventar, den Gebäulichkeiten und Meliorationen tief in Schulden stürzen. Auch der praktischen Ausführbarkeit des so verstandenen Gesetzes scheinen zwei bedeutende Hindernisse im Wege zu stehen, nämlich

1) die Unmöglichkeit die Abfindungen — Brautschätze — zu reguliren, da diese nach den früheren Gesetzen mit steter Rücksicht auf das Gutsinventar ermessen wurden, und

2) die Vertheilung der Schulden, da der Gutsnachfolger zwar die auf dem Gute, aber nur die auf dem ganzen Gute cum pertinentiis, und nicht die auf dem nackten fuudus lastenden Schulden zu übernehmen hat. (verg. §. 6.)

Wir erlauben uns unsere Zweifel gegen die Richtigkeit dieser, durch zwei wichtige Auktoritäten unterstützten Ansicht vorzutragen.

Zunächst kann darüber unter uns kein Streit seyn, daß beim Absterben eines bäuerlichen Grundbesitzers, dessen Gut dem Heimfalle unterliegt, jetzt in allen Fällen, ohne Berücksichtigung der früheren Natur der Güter, eine doppelte Succession eröffnet wird, nämlich

a) die Succession in das Gut,

b) die Succession in den übrigen Nachlaß.

Nur darin gehen wir auseinander, was zum Gute, was zum übrigen Nachlasse zu rechnen sey? In dieser Beziehung wird nun angeführt [15]):

„Zufolge des neuen Gesetzes stehe nunmehr das Colonat selbst und nicht das Pekulium in einem gutsherrlichen bäuerlichen nexus, und was namentlich die Succession anlange, so unterwerfe das Gesetz vom 21. April 1825 nur das Grundstück bei der Auseinandersetzung der Erben den alten Grundsätzen. Sämmtliches übrige Vermögen, mit Ausschluß des Colonats, sey den Regeln der gemeinen Erbfolge unterworfen, was auch hinsichts der bei einigen Arten von Gütern früher hergebrachten Hofwehr der Fall sey, weil der Begriff derselben mit der Hörigkeit selbst verschwunden sey.“

Wir haben dieser Ausführung viel entgegen zu setzen; wir müssen nämlich

---

[15]) Scheperß l. c.

1) den Versuch, sie aus der Fassung des Gesetzes selbst zu begründen, bekämpfen. Freilich redet das Gesetz von „Grundstücken," aber diese Bezeichnung ist die allgemeine, sowohl für ein einzelnes Immobile, wobei kein Inventar vorhanden ist, als für ein ganzes Gut. Dies entscheidet also den Streit nicht.[16])

2) Das Gesetz sagt nicht, daß das Grundstück, so weit es dem Heimfalle unterliege, nach den früheren Gesetzen vererbt werde; wenn dies der Fall wäre, dann würden die Gegner Recht haben. Jetzt aber wird das Grundstück vererbt zugleich mit dem, was im gesetzlichen Sinne als Pertinenzstück betrachtet werden muß, und hierzu gehören Gebäulichkeiten und Gutsinventar Allg. L. R. I. 2. §. 41—64.

3) Es ist schon oben gezeigt, daß auch bei nicht dem Hörigkeitsverbande unterliegenden Gütern das Gutsinventar bei der Succession nicht getrennt wurde, weil man wußte, daß der Auffolger ohne Inventar kein Fortkommen finden würde. Keine andere Bewandtniß hat es mit der Hofgewehr, die nicht mit der Hörigkeit zusammenhing. Die Hörigkeit verursachte nur, daß das ganze Aktivvermögen als Zubehör des Guts angesehen wurde, und grade unter dem Namen Hofgewehr wurde aus dem übrigen Pekulio das wieder abgelöst, was als Pertinenz des

---

16) Vergl. A. L. R. I. 20. §. 390. 394. §. 443 folg.

Digitized by Google

Guts, als Wirthschaftsinventar, betrachtet werden mußte.[17])

Wir sind hiernach der Meinung, daß auch noch gegenwärtig das Gutsinventar, Gebäulichkeiten, Meliorationen, kurz alle gesetzlichen Pertinentien nach Allg. L. R. I. 2. §. 41 — 62. beim Gute verbleiben, und deren Werth nur bei der Determination der Abfindungen in Betracht kommt.*)

§. 6.

Rechtliche Natur des Successionsrechtes. — Gültigkeit elterlicher Dispositionen.[18])

Bei der Succession in Bauerngüter begegnen wir in den früheren Verordnungen häufig zwei Bestimmungen, woraus man auch bei Bauerngütern eine successio ex pacto et providentia majorum hergeleitet hat. Es konnte nämlich der jedesmalige Besitzer die gesetzliche Successionsordnung entweder gar nicht, oder doch nur unter mancherlei Beschränkungen abändern, und manche

---

[17]) Minden-Ravensb. E. O. Cap. X. §. 4.:

„Zur Hofgewehr aber wird gerechnet die völlige Aussaat zu denen zur Stätte gehörigen Ländereien, ferner bei einem Colono, so 15 Morgen Landes hat, 1 Kuh, 1 Kalb, 1 Schwein, ½ Wagen, 1 Egge u. s. w."

Es ist die Hofgewehr das, was das Praecipuum nach der Münster. Erbpachtsordnung §. 107 folg., was doch keine Folge der Hörigkeit ist!

[18]) Vergl. hierüber: Minister. Rescript vom 20. August 1834. Schepers l. c. S. 729 folg. Sommer l. c. S. 154.

Geſetze verpflichteten den Nachfolger in das Gut, wenn er nicht zugleich successor in peculio war, nicht, die von ſeinem Vorgänger contrahirten Schulden zu bezahlen.[19]) Wir haben uns hier mit der Frage, in wie weit die Succeſſion die Benennung einer successio ex pacto et providentia majorum verdiene, nicht zu befaſſen, wir unterſuchen hier nur, aus welchem Geſichtspunkte jetzt die Auffolge in ein dem Heimfallsrechte unterworfenes Colonat zu betrachten ſey?

Die beiden Geſetze vom 21. April 1825 für das Großherzogthum Berg und für die franzöſiſchen Departements §. 15. geben dem Colonen, welcher zur Zeit, wo die erlaſſenen fremden Geſetze für ihn Geſetzeskraft erhielten, ein vererbliches Beſitzrecht hatte, das volle Eigenthum, und beſeitigen die beſchränkenden Beſtimmungen, welche das Geſetz vom 25. September 1820 für den Fall, wo ſie nur nutzbares Eigenthum gewähren, in Betreff der Veräußerung, Verpfändung, Belegung mit einer Servitut ſtatuirt hatten. Nur die Zerſtückelung blieb nach wie vor verboten. Im Uebrigen iſt alſo der Colon qua dominus in jeder beliebigen Dispoſition nicht beſchränkt. Mit Unrecht hat man hin und wieder bei fortbeſtehendem Heimfallsrechte eine Ausnahme ſtatuiren wollen, da eine ſolche aus dem Begriffe des Heimfalls nicht abzuleiten und in dem Geſetze nicht gemacht iſt.

---

[19]) Vergl. Münſt. E. O. III. 5. §. 8. Veſt. E. O. §. 36. §. 55. Minden-Ravensb. E. O. Cap. X. §. 2. Cap. XI. u. ſ. w.

Digitized by Google

Aller Zweifel muß nun aber bei näherer Betrachtung der Dispositionen des Gesetzes vom 21. April 1825 für das ehemalige Königreich Westphalen verschwinden. Dies erkennt den Colonen, wenn andere als feste Geldabgaben auf ihren Gütern lasten, nur das nutzbare Eigenthum zu, und beschränkt freie Veräußerungen unter Lebendigen.

Nach §. 23. und 24. kann zu Veräußerungen unter Lebendigen unter andern dann die Einwilligung des Obereigenthümers versagt werden:

„wenn auf dem Gute ein noch nicht abgelöst'tes Heimfallsrecht haftet."

Der §. 27. kommt sodann auf letztwillige Dispositionen, als Gegensatz zu den in früheren §§. abgehandelten Veräußerungen unter Lebendigen:

„Ist das Gut — so heißt es hier — in einer letztwilligen Disposition einem unfähigen Besitzer beschieden worden, und gehört derselbe zu den nächsten gesetzlichen Erben des Verstorbenen, so kann der Obereigenthümer nur die Bestellung eines tüchtigen Gewährsmanns (Wirths) verlangen.

§. 28. „Ist aber der in einer solchen Verordnung ernannte unfähige Besitzer keiner der nächsten Erben des Verstorbenen, so kann der Obereigenthümer verlangen, daß das Gut innerhalb Jahresfrist an einen tüchtigen Besitzer gebracht werde."

Wenn nun hiernach, wie sich aus dem Gegensatze ergiebt, des bestehenden Heimfallsrechtes ungeachtet, der Besitzer seine nächsten Erben in einer letztwilligen Dis-

Digitized by Google

position umgehen darf, so müssen ihm nach den beiden anderen Gesetzen, welche solcher Beschränkungen gar nicht erwähnen, völlig freie Hände bleiben.

Wir glauben also den Satz gerechtfertigt zu haben: „Das Successionsrecht des nach den früheren Gesetzen berufenen Auffolgers ist jetzt nichts weiter, als ein Intestaterbrecht in ein von dem Nachlasse des Colonen abgesondertes Vermögensstück, was dem Auffolger sowohl durch Dispositionen unter Lebendigen als von Todeswegen entzogen werden kann."

§. 7.

Verhaftung des Auffolgers für die Schulden.

Wir müssen hier zwei Fragen absondern:

1. In welcher Weise haftet der Auffolger dem Gläubiger?

Die Frage ist durch die Erörterung im §. 6. bereits gelöset; der Auffolger succedirt nicht ex pacto et providentia majorum, sondern das Gut gehört zum Nachlasse des Vorbesitzers. Die Gläubiger können aber nach den im Allg. L. R. I. 17. §. 127 folg. aufgestellten Grundsätzen sich ihrer Befriedigung halber an jedes Nachlaßstück halten, also hier auch unbedenklich aus dem Gute ihre Deckung suchen. Ist der Auffolger zugleich als Miterbe in den sich nach allgemeinen Grundsätzen vererbenden übrigen Nachlaß gerufen, so richtet sich seine Haftbarkeit nach allgemeinen Gesetzen. [20])

[20]) Vergl. Archiv. I. S. 535 folg.

Eine Ausschlagung dieses übrigen Nachlasses mit Vorbehalt der Succession in das Gut würde dem Auffolger keinen Vortheil gewähren, da das Gut selbst Nachlaßstück ist, und also den Gläubigern in keiner Weise entzogen werden kann; er würde, wie der Lagatar zwar nicht persönlich haften, aber es könnte die Execution in das Gut nachgesucht werden.

2. Bedenklicher ist die Lösung der zweiten Frage, in welchem Verhältnisse der Gutsnachfolger und die Erben des übrigen Nachlasses unter sich zu den Schulden contribuiren müssen?

Als Miterbe versteht es sich von selbst, contribuirt der Successor nach Allg. L. R. I. 17. §. 132. nach Verhältniß seines Erbtheils zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten. Er kann aber als Miterbe in den übrigen Nachlaß gar nicht gerufen seyn, und mag der eine oder andere Fall eintreten, immer bleibt die Frage bestehen, welche Schulden er als successor in das Gut allein zu übernehmen hat?

Wir sind der Meinung, daß der Gutsnachfolger als solcher den Erben oder Miterben des übrigen Nachlasses gegenüber, nur die auf das Gut gelegten hypothekarischen Schulden zu tragen hat. Es tritt nämlich hier bei der unbeschränkt freien Disposition des Vorbesitzers über das Gut, der nämliche Grund ein, aus welchem die Gesetze auch den Legatar, dem Erben gegenüber, zur Zahlung der auf einer legirten Sache lastenden Hypotheken verpflichten.[21])

---

[21]) Allg. L. R. I. 12. §. 325.: „Der Legatarius muß die

Es wird nicht weiter darauf ankommen, wie weit die Schulden zum Besten des Guts verwendet sind, oder ob nicht etwa der übrige Nachlaß dadurch vergrößert ist. Der Vorbesitzer hat nach dem Stande der Gesetzgebung freie Disposition in Betreff des Guts und des übrigen Vermögens und weder der Auffolger in das Gut, noch die Erben seines übrigen Nachlasses können sich seinen Verfügungen entziehen; nur das, was dem Einen oder dem Andern geblieben ist, hat er ihnen gönnen wollen. Umgekehrt können also auch die Erben deshalb keinen Anspruch erheben, wenn unbezahlte Schulden zum Besten des Guts zwar verwendet, aber nicht darauf eingetragen sind, wenigstens scheint so viel gewiß, daß man die versio entweder für beide Fälle zulassen oder verwerfen muß.

Wir setzen übrigens bei dieser Ausführung voraus, daß bei der Auffolge in das Gut, keineswegs Gebäulichkeiten, Meliorationen und Gutsinventar getrennt werden; soll dies geschehen, so kann der Successor nicht verpflichtet seyn, die eingetragenen Schulden zu berichtigen, vielmehr wird eine Vertheilung auf das Gut und die losgerissenen Pertinentien nach dem Allg. L. R. I. 12. §. 327. erfolgen müssen.

---

vermachte Sache mit allen bei dem Ableben des Erblassers darauf haftenden Lasten übernehmen, wenn nicht der Testator ein Anderes ausdrücklich verordnet hat.

§. 326.: „Ist also die Sache verpfändet oder mit eingetragenen Hypotheken belastet, so muß der Legatarius diese Lasten ohne Beitrag oder Zuthun des Erben ablösen."

§. 8.

Einfluß der ehelichen Gütergemeinschaft auf die Successionsverhältnisse. Vorbemerkungen.

Wir gelangen jetzt zu einer Materie, die als die schwierigste in der ganzen Lehre betrachtet werden muß, wie auch das Ministerialreskript vom 20. August 1834 nicht verkennt.

Die Streitigkeiten der Lehrer des gemeinen deutschen Privatrechts über die Frage, ob ein Bauerngut, welches dem gutsherrlichen Verbande und einer besonderen Succession unterliegt, Gegenstand der Gütergemeinschaft unter Eheleuten werden könne, sind bekannt. Während einige, vorzüglich ältere Praktiker, das Gut von der Gütergemeinschaft gänzlich ausschlossen, ließen andere selbst das Colonatrecht in die Gütergemeinschaft übergehen, und wiederum andere glaubten die glückliche Mittelstraße gefunden zu haben, wenn sie den Satz aufstellten, daß zwar eine Gemeinschaft quoad usumfructum unter den Eheleuten eintrete, im übrigen aber das Colonatrecht selbst dem Anerben verbleibe, und nicht in die Gemeinschaft falle.[22])

Die Unsicherheit der Rechtslehrer ist in die älteren Gesetze selbst übergegangen, und es kann nicht schwer

---

[22]) Vergl. Runde Interimswirthschaft §. 10. S. 27. (1ste Ausgabe.) Eichhorn deutsches Privatrecht §. 305. mit Wigand Provinzialrecht für Paderborn 1. Band S. 15. Derselbe Provinzialrecht für Minden 1. Bd. S. 229 folg. Deiters eheliche Gütergemeinschaft, Bonn 1831. p. 158.

Digitized by Google

fallen, für jede Meinung, wenn man die älteren gutsherrlich-bäuerlichen Verordnungen durchgehen will, Belege aufzufinden, und es werden sich weiter unten auch einige ergeben. Grade deshalb kann auch eine allgemeine Erörterung gar nicht zum Zwecke führen, auch ganz abgesehen von der sich in den einzelnen Gegenden verschieden gestaltenden ehelichen Gütergemeinschaft.

Wir wollen also den Versuch machen, die Untersuchung auf die einzelnen Territorien hinüber zu führen, müssen dabei aber natürlich sehr auf die Nachsicht der mit den Provinzialrechtsverhältnissen genauer befreundeten praktischen Juristen rechnen.

§. 9.

Einfluß der Partikulargütergemeinschaft im Veste Recklinghausen.

Im Veste Recklinghausen besteht partikuläre Gütergemeinschaft: Gemeinschaft des Mobilars und der Errungenschaft, wie des Besitzes und der Benutzung der von jedem Ehegatten in die Ehe inferirten oder ihm **stante thoro** anerfallenen Immobilien, während das Eigenthum hieran jedem Ehegatten verbleibt.[23]) Die Erbfolge der Ehegatten ist verschieden, je nachdem die Ehe kinderlos oder beerbt ist; auf jeden Fall behält der Ueberlebende den Nießbrauch des Ganzen. Bei allen

---

[23]) Vergl. die Abhandlung vom jetzigen Land- und Stadtgerichts-Director Evelt in v. Kamptz Jahrb. Bd. 29. S. 11. Schlüter Provinzialrecht der Grafschaft Recklinghausen. S. 52 folg.

Digitized by Google

Bauerngütern, selbst denjenigen, welche mit gutsherrlichen Lasten nicht beschwert waren, trat Untheilbarkeit ein, so daß nur eins der Kinder oder Verwandten des letzten Besitzers das Gut erhalten konnte.[24]) Die Wiederherstellung der alten Successionsordnung kann hier nicht die mindeste Schwierigkeit erregen, da die Colonate als Immobilien — Delate oder Illate — nach wie vor nicht in die Gütergemeinschaft fallen, vielmehr dem betreffenden Ehegatten sein Eigenthum daran ausschließlich verbleibt Auch das Gutsinventar gehört als Pertinenz zum Gute, und fällt keineswegs, wie mitunter wohl angenommen ist, in die Mobilargemeinschaft, und wenn auch von dem einen Ehegatten ein oder das andere Stück dem Gutsbesitzer zugebracht, oder während der Ehe neue Anschaffungen gemacht sind, so liegt dennoch nach den eigenthümlichen Grundsätzen jener Gütergemeinschaft keine Verbindlichkeit des Gutsauffolgers zum Ersatz vor, da es ein dort allgemein anerkannter und durch viele Präjudicien bestätigter Satz ist, daß die Verwendungen aus dem Sondergute des einen Ehegatten oder dem gemeinschaftlichen Erwerb in das Sondergut des andern nicht vergütet werden dürfen.

In dieser Art hat die Gütergemeinschaft, welche auf die Substanz der Güter und ihre Vererbung nie Folge haben konnte, sondern nur auf die gemeinschaftliche Benutzung und den Nießbrauch des Ueberlebenden, stets volle Anwendung gefunden. Die Succession wird durch dies Rechtsverhältniß nicht berührt.

---

[24]) Rive über Bauerngüterwesen S. 219 folg.

Digitized by Google

§. 10.

Allgemeine Gütergemeinschaft im Fürstenthum Münster.

Weit anders gestalten sich die Rechtsverhältnisse im Fürstenthum Münster wegen der dort bestehenden allgemeinen eheligen Gütergemeinschaft. Die Gesetze entscheiden hier die oben (§. 8.) angeregte Controverse dahin, daß durch die Heirath in dem Anerbenrechte keine Veränderung hervorgebracht wird, daß das Colonatrecht seiner Substanz nach nie in die Gemeinschaft falle; im übrigen galt bei Erbpächtern unbedingt Gütergemeinschaft, in Betreff der Leibeignen war man sich nicht einig.[25]) Diese Differenz in den Ansichten interessirt uns hier weiter nicht, indem das, worauf es hier einzig ankommt, die Ausschließung des Guts selbst, klar in den Gesetzen ausgesprochen ist. Der Anerbe des Guts blieb nach aufgelöster Ehe Wehrfester; und die Kinder aus seinen folgenden Ehen hatten, wie die aus der früheren Ehe, ein gleiches Recht auf die Succession des Guts; es kam unter ihnen einzig auf die Praerogative des Alters verbunden mit der des Geschlechts an.

Münster. Erbpachts-Ordn. §. 132 in. f.
„ Eigenthums-Ordnung. II. Tit. 9. § 1.

Die Rechte des Anerben beruhten auf einem doppelten Grunde, der Geburt und Gewinnung, und deßhalb

---

25) Vergl. Welter Münster. eheliche Gütergemeinschaft (Münster 1829.) S. 35. Deiters l. c. S. 157. 158. Schlüter Provinzialrecht I. Band. S. 57.

Digitized by Google

konnte sie der aufheirathende Ehegatte nie mit ihm theilen.

Erbpachts-Ordnung §. 129.

Eigenthums-Ordnung II. 9. §. 1 folg.

Nur wenn die Eheleute eine Erbpacht zusammen erworben hatten, trat Gemeinschaft ein.

Erbpachts-Ordnung §. 131.

Die von solchen Erbpächtern in ihrer Ehe erzeugten Kinder schlossen aber auch die Kinder des conjux binubus aus.

Die Lage der Dinge änderte sich aber wesentlich, seitdem die fremdherrlichen Gesetze erschienen waren, und dem Colonen das Eigenthum des Guts beilegten. Es wird von Interesse seyn, zwei hierdurch in Bezug auf die eheliche Gütergemeinschaft hervorgerufene Streitfragen zu berühren, und dadurch die Erörterung für den Gegenstand unserer Abhandlung vorzubereiten.

1) Die fremdherrlichen Gesetze fanden nicht den Anerben, sondern seine hinterbliebene Wittwe im Besitze des Guts und aus der aufgelöst'ten Ehe waren Kinder vorhanden. Wer wurde hier Eigenthümer? Das Land- und Stadtgericht Warendorf legte in einem in Sachen Baggewüste gegen Frielmann erlassenen Erkenntnisse [26]) den allgemeinen Grundsätzen der Schichtung nachgehend, der Wittwe $^1/_3$ und dem Sohne $^2/_3$ des Colonats nebst Pekulium bei. Das Ober-Landesgericht Münster reformirte

---

[26]) Vergl. Schlüter Prov. Recht für Recklinghausen S. XIX.

und sprach der Wittwe das Alleineigenthum zu, ausführend, daß die Wittwe durch die Verheirathung mit dem Anerben, die Zulassung zum Gewinn, und die eheliche Gütergemeinschaft gleiche Rechte mit dem Ehemann in Beziehung auf die Ausübung des Colonatsrechts erhalten, und in gleicher Art, wie ihr Ehemann Wehrfester geworden sey. Das geheime Obertribunal war mit beiden Richtern nicht einverstanden; es sprach dem Sohne das Alleineigenthum zu und führte aus: Beim Absterben des Frielmann sey die Eigenthumsordnung in Kraft gewesen, in Folge deren das nutzbare Eigenthum am Colonate nur auf dessen Kinder, nicht auf die Wittwe übergegangen; letztere habe nur den Nießbrauch erhalten, und zwar, wenn sie sich nicht wieder verheirathet, auf Lebenszeit, sonst auf gewisse Jahre. Das Gesetz vom 12. December 1808 bestimme nur die Rechte der Colonen gegen die Gutsherrschaft, nicht aber die Rechte der Colonen und ihrer Kinder gegen einander.

Diese Entscheidung steht mit der zu Eingang aufgeführten Ansicht in Einklang, und sie läßt sich aus der Eigenthumsordnung, wie ich glaube, auf das Vollkommenste rechtfertigen. Dies Gesetz unterscheidet die Rechte des Anerben und des aufgeheiratheten Ehegatten auf das strengste. So heißt es II. 9. §. 2.:

„Wenn jedoch der Anerbe oder die Anerbinn nicht, sondern nach dessen oder derselben Absterbeu der andere Ehegatte sich wieder verheirathet hätte und aus erster Ehe Kinder obhanden wären, soll denenselben,

wenn sonst dagegen nichts Erhebliches einzuwenden wäre, der Vorzug gelassen werden."

Ferner II. 9. §. 14.:

„Wenn aber nach Absterben des Anerben oder der Anerbin der überlebende Ehegatte sich wieder verheirathet, und aus erster Ehe Kinder obhanden wären, als welche, wie schon oben verordnet worden, in der Succession den Vorzug haben, so werden auch auf diesen Fall, und zwar beiden Eheleuten nach Unterschied und Proportion des Alters deren Eheleute und Vorkinder sichere doch nicht über 25 Jahre zu erstreckende Mahljahre gesetzt."

Ganz ähnliche Bestimmungen enthält die Erbpachtsordnung §. 132 in f. und §. 147.

Es ist hier freilich nicht ausdrücklich gesagt, daß den Kindern erster Ehe das Gut zugefallen sey; aber man wird es hiernach gewiß nicht für den überlebenden Ehegatten in Anspruch nehmen können, welcher sich für seine eigene Person bei der Wiederverheirathung Mahljahre bestimmen lassen mußte.

2. Ein zweiter Fall ist folgender[27]):

Die fremdherrlichen Gesetze fanden zwar noch den eigentlichen Anerben im Besitze des Guts vor, er war aber zu einer weiteren Ehe geschritten und hatte aus erster Ehe Kinder. Weil er Wehrfester verblieb, so war man allerseits darin einverstanden, daß er mit Ausschluß seiner Kinder erster Ehe

---

[27]) Schlüter Prov. Recht für Münster §. 58.

Digitized by Google

Eigenthümer des Guts wurde. Nun aber starb er, und die Kinder zweiter Ehe nahmen das Alleineigenthum in Anspruch, weil nach den Grundsätzen der dortigen Gütergemeinschaft die Vorkinder von dem ehelichen Gesammtvermögen dieser Ehe ausgeschlossen würden. So hatte auch das Ober-Landesgericht Münster erkannt, während das geheime Obertribunal annahm, daß die Kinder erster Ehe mit denen zweiter Ehe in gleiche Theile gingen, weil die Ausschließung eine Folge der Abschichtung sey, die aber bei der Wiederverheiralhung des Anerben unter dem Bestande der Eigenthumsordnung nicht habe statt finden können. Cessante causa cessat effectus.[28])

Das Ober-Landesgericht Münster hat diese Entscheidung später selbst für richtig gehalten, und ist ihr mehrmalen gefolgt.[29])

Gehen wir nun zu der jetzigen Lage der Gesetzgebung über.

---

[28]) Die Unterscheidung, welche Deiters l. c. S. 445. für diesen Fall macht, ob der wieder verheirathete Colon vor oder nach seiner zweiten Frau verstirbt, indem im ersten Fall gar kein Nachlaß von ihm existire, hängt natürlich mit der Hasseschen Theorie von dem Eigenthum der moralischen Person zusammen, worüber die Akten noch nicht geschlossen sind. Vergl. Gündlers Polemik des germanischen Rechts III. Theil. Merseburg 1834. S. 169—172.

[29]) Schlüter, Prov. Recht. III. Band. S. XX.

Digitized by Google

Das alte Succeſſionsrecht iſt hergeſtellt, aber ein Verhältniß in die Mitte getreten, was früher nicht vorlag; der, welcher früher Anerbe des Guts war, hat durch die veränderte Geſetzgebung das Eigenthum erlangt. Er kann dies Eigenthum einem Dritten übertragen, und dieſe Dispoſitionsbefugniß bringt es zu Wege, daß das Gut jetzt unbedingt in die Gütergemeinſchaft fällt, und eheliches Geſammtgut wird. Starb früher der aufgeheirathete Ehegatte vor dem Anerben, ſo konnte von einer Vererbung des Guts nicht die Rede ſeyn; der Anerbe behielt das, was ihm bisher allein und ausſchließlich zugehörte.

Stirbt jetzt der aufgeheirathete Ehegatte, ſo iſt in Betracht zu ziehen, daß das Colonatgut nicht dem Anerben ausſchließlich zugehörte, ſondern eheliches Geſammtgut war. Und umgekehrt: Beim Abſterben des Anerben kann das Gut jetzt nicht ſeinen Kindern ausſchließlich zufallen, weil der überlebende Ehegatte Rechte aus der jetzt das Gut umfaſſenden Gemeinſchaft hat.

Will man hier nicht ein neues Recht conſtituiren, ſo muß man in beiden Fällen, ſowohl den Kindern, als dem überlebenden Ehegatten, gleichgültig ob er Anerbe war oder nicht, Miteigenthumsrechte an dem Gute einräumen, wie ſie die jetzt herrſchende Anſicht ſtatuirt.[30]) Schreitet der überlebende Ehegatte nicht zu einer ferneren Ehe, ſo behält er die ihm nach Münſter. Gütergemeinſchaft zuſtehende Dispoſitionsbefugniß[31]) und bei ſeinem

---

[30]) Welter l. c. S. 129.

[31]) Welter l. c. S. 108.

Digitized by Google

Absterben wird der Anerbe nunmehr Alleineigenthümer. Tritt aber Schicht und Theilung ein, so kann der Ueberlebende seinen Antheil am Gute verlangen, und es müssen entweder die gutsherrlichen Lasten abgelöset und so die Naturaltheilung eingeleitet, oder das Gut zur Subhastation gebracht werden. (vergl. oben §. 4.) Es dürfte kein Grund vorliegen den überlebenden Ehegatten auf den Nießbrauch zu beschränken;[32]) der dafür angeführte, daß die Auseinandersetzung nach den alten Grundsätzen erfolgen solle, dürfte nicht haltbar seyn, da wir für unseren Fall, wie er jetzt liegt, keine Grundsätze der Auseinandersetzung haben; der Anerbe behielt früher das ganze Gut, und wie kann man ihm zumuthen, sich jetzt mit dem Nießbrauch zufrieden zu geben? Der aufgeheirathete Ehegatte hatte früher zwar nur den Nießbrauch, war aber auch damals nicht Gesammteigenthümer durante matrimonio. Die aus diesem Gesammteigenthum entspringende Rechte bei Auflösung der Ehe, können ihm nicht verkümmert werden.

Nur diejenigen gerathen hier nicht in die Klemme, welche mit dem Ober-Landesgericht Hamm[33]) annehmen, daß die Herstellung der alten Successionsordnung auch den Uebergang des Colonats in das eheliche Gemeingut beschränke, in der Art, wie dies nach den früheren Gesetzen der Fall war.

---

[32]) Dies thut Scheyerß a. a. O. S. 737. Dagegen erklärt sich aber Sommer a. a. O. S. 161.

[33]) Bericht vom 4. August 1830 in v. Rönne Gütergemeinschaft S. 315—319.

Aber wenn der Colon das Gut selbst an Dritte gültig veräußern kann, wie soll der Uebergang in die eheliche Gemeinschaft (vi tacitipacti) verhindert werden?

§. 11.

Wirkungen der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft in den Fürstenthümern Paderborn und Minden und in der Grafschaft Ravensberg auf die Succession.

Im Fürstenthum Paderborn gilt allgemeine eheliche Gütergemeinschaft.[34]) In wie fern diese auf bäuerliche mit einem gutsherrlichen Nexus belastete Güter Anwendung gefunden, scheint wenigstens früher nicht unbestritten gewesen zu seyn. Wigand[35]) stellt das Prinzip so:

„Solche bäuerliche mit einem gutsherrlichen Nexus behaftete Güter, über welche der Ehegatte nicht frei verfügen kann, kommen nur in so weit in die Gütergemeinschaft, als sich dies Rechtsverhältniß mit den besonderen das Eigenthum, die Untheilbarkeit und Successionsrechte dieser Güter betreffenden Gesetzen verträgt."

Der Satz drückt aber, wie sich gleich zeigen wird, keinesweges aus, was der Verfasser damit sagen will. In einem von Eichhorn abgefaßten, und von Wigand[36]) im Auszuge mitgetheilten Gutachten wird nach der „Mei-

---

[34]) Wigand Prov. Recht für Paderborn S. 9 folg.

[35]) l. c. §. 15. nach Eichhorn Privatrecht §. 350.

[36]) l. c. S. 125.

Digitized by Google

nung der bewährtesten Schriftsteller" der Satz aufgestellt, daß das Colonat nach früheren Gesetzen nie ein Gegenstand der Gütergemeinschaft habe werden können, und derselbe auch für die Paderborner Meierordnung in Anspruch genommen. Wigand widerspricht dieser Ansicht, und stellt die Behauptung auf, daß das Colonat selbst zum Rechtsverhältnisse der ehelichen Gütergemeinschaft gehöre, und es könne gar nicht davon die Rede seyn, von wem das Gut herkomme, vom Ueberlebenden oder Verstorbenen. Dies sey unbestreitbares, durch unzählige Erkenntnisse bekräftigtes Gewohnheitsrecht.

Wir haben schon oben gegen den Schluß aus der Gesetzgebung eines Territoriums auf die Rechte des andern gewarnt (§. 8.) und es sey deshalb fern von uns, aus den allgemeinen von Runde[37]) geltend gemachten Gründen zu widersprechen; wir glauben sogar kein Bedenken zu finden, in Bezug auf die Meiergüter und die im Lande Delbrück belegenen eigenbehörigen Güter es für unzweifelhaft zu halten, daß sie auch schon nach früherem Rechte in die eheliche Gütergemeinschaft, und zwar im vollen Sinne des Worts fielen. Denn die Besitzer[38]) hatten freie Dispositionsbefugniß, sowohl unter Lebenden als von Todeswegen über ihr dominium utile, und nur die Beschränkung in dieser Disposition kann ein Hinderniß gegen den Uebergang in die Gütergemeinschaft

---

[37]) Interimswirthschaft §. 10.

[38]) Meierordnung §. 8. Delbrücker Landrecht Cap. 1. §. 16.

Digitized by Google

bilden.[39]) Auch im Fürstenthum Minden und der Grafschaft Ravensberg findet allgemeine eheliche Gütergemeinschaft statt. Nach Wigand Provinzialrecht für Minden und Ravensberg S. 19. S. 229 folg. 1. Thl. sollen auch hier die Colonate als solche in das eheliche Gesammtgut gefallen seyn. Nach der Minden-Ravensbergischen Eigenthumsordnung vom 26. November 1741

---

39) Es ist eine andere Frage, ob bei einer solchen freien Disposition das Heimfallsrecht überhaupt als vorhanden angenommen werden kann. Vergl. hierüber die mehrmals angeführte Abhandlung von Sommer. Wigand, der des ungeachtet Heimfall annimmt, gelangt auf das Resultat (S. 232. 239.), daß darunter nur ein Recht des Gutsherrn auf ein bonum vacans statt des fisci begriffen wird. Dann ist es, wie Sommer richtig bemerkt, sehr betrübt, daß der Bauer den Heimfall ablösen soll, damit nicht der Gutsherr, sondern der Fiscus sein Gut erhalte, wenn er oder seine Nachkommen einmal ohne Erben und ohne Testament versterben möchten! Wir glauben diese Idee durch die einfache Bemerkung von der Hand weisen zu können, daß die gutsherrlich-bäuerlichen Gesetze nur die Rechte zwischen Bauer und Gutsherrn und nicht zwischen Gutsherrn und Fiskus reguliren; kann aber der Bauer inter vivos und mortis causa frei verfügen, so kann von einem Rechte, wodurch ihn der Gutsherr in Bezug auf den Rückfall des Guts beschränkt, keine Rede seyn. Der Bauer hat alle Rechte, welche dem Eigenthümer möglicher Weise zustehen können; in dem Heimfall liegt aber immer eine Beschränkung dieser Rechte durch einen Vorbehalt bei der Verleihung.

Digitized by Google

muß indeß diese Behauptung für zweifelhaft gehalten werden. Die Hauptstelle ist hier Cap. XI. §. 1.:

„Wann sich begiebt, daß ein eigenbehöriges Erbe oder Stette durch den Tod deren Colonen, des Mannes oder des Weibes oder beider — — — zur neuen Besetzung eröffnet wird, so soll der jüngste Sohn — — den Hof erben.“

Runde a. a. O. §. 10. not. 9. will diese Stelle für seine Ansicht, daß durch den Tod des Anerben die Succession in das Gut eintrete, und der aufgeheirathete Ehegatte auf die Leibzucht weichen müsse, benutzen; ein von Boele mitgetheiltes Erkenntniß des Ober-Landesgerichts Halberstadt [40]) theilt gleiche Ansichten und versichert zugleich, daß nicht wohl ein Zweifel darüber entstehen könne, von dem Tode wessen der beiden Colonen der casus aperturae abhängig werde, wenn man erwäge, daß von den Colonats-Besitzern der eine der geborne Colon, der andere aber der aufgeheirathete Mitbesitzer sey. Jener sey derjenige, der durch seine Geburt ein Recht zur Stätte gehabt, und so lange dieser Colon lebe, lasse sich der Satz durchführen: Viventis non est hereditas u. s. w.

Die Stelle der Eigenthumsordnung ist allerdings dunkel, da sie von der Erledigung des Colonats durch den Tod „deren Colonen, des Mannes oder des Weibes oder beider“ redet, aber es scheint doch sehr gewagt, dieselbe auf den Tod des gebornen

---

[40]) Neues Archiv 1. Jahrg. S. 365 folg.

Digitized by Google

Colonen zu beziehen, besonders da der §. 10. von den Folgen der Wiederverheirathung redet, ohne zwischen den beiden Ehegatten einen Unterschied zu statuiren. Man muß um so mehr bei jener Interpretation bedenklich werden, wenn man beide Stellen mit der alten Ravensbergischen Eigenthumsordnung Cap. I. §. 1. und 23. vergleicht, worin sich beide Ehegatten offenbar völlig gleich gestellt sind, obwohl der §. 1. Cap. XI. der neuen und der §. 1. Cap. I. der alten Eigenthumsordnung gleichlautend abgefaßt sind.

Wir werden unten auf die Stelle zurückkommen: hier mag es genügen, gezeigt zu haben, daß sie keineswegs den Uebergang des Colonats in die Gemeinschaft widerlegt, sondern eher dafür spricht, vorzüglich wenn man sie mit der alten Ravensberger Eigenthumsordnung vergleicht. Wir finden also auch hier überall keinen Grund, die Ansicht von Wigand, daß schon nach früherem Rechte das eigenbehörige Gut in die Gütergemeinschaft gefallen sey, zu bekämpfen, und es dürfte für die Richtigkeit noch besonders hervorgehoben werden können, daß die Ravensberger Eigenthumsordnung eines Anerbenrechts der Collateralen, welches vorzüglich dem Uebergange in die Gemeinschaft obstiren könnte, gar noch nicht gedenkt und sich dasselbe erst späterhin ausgebildet zu haben scheint.

Wenn wir sonach davon ausgehen, daß schon vor der fremdherrlichen Gesetzgebung die Bauerngüter in den Fürstenthümern Paderborn und Minden und in der Grafschaft Ravensberg in die eheliche Gemeinschaft gefallen, eheliches Gesammtgut geworden, so könnte es den Anschein

gewinnen, daß die Herstellung der alten Succession, welche schon auf Gütergemeinschaft berechnet war, keine Schwierigkeit finden könne, und hier recht eigentlich alles beim Alten verbleibe. Dieser Gedanke wird aber durch die Betrachtung getrübt, daß jetzt die Succession nach den früheren Grundsätzen auf das Daseyn des Heimfallsrechts beschränkt ist, welches aber jeden Augenblick abgelöst werden kann. Dieser Umstand macht die Erörterung nöthig: Wann ist die Succession als eröffnet zu betrachten, so daß ein späteres Ablösen des Heimfallsrechtes dem Anerben nicht weiter nachtheilig werden kann? Die prorogirte Gütergemeinschaft bildet die Schwierigkeit. Wigand stellt folgende Sätze auf[41]):

1) „Das Successionsrecht der Kinder und Anerben ist beschränkt durch die aus der ehelichen Gütergemeinschaft fließenden Rechte des überlebenden Ehegatten, welcher lebenslänglich das Meier- und Colonatrecht behält, und, in so fern er nicht zur andern Ehe schreitet, Herr des ganzen Vermögens bleibt.

2) „Wenn der Meier oder dessen Ehegattinn mit Tode abgeht, nnd Kinder aus ihrer Ehe vorhanden sind, so hat der Ueberlebende, ohne Rücksicht, ob das Gut von ihm herrührt oder nicht, vermöge der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft dasselbe Recht, welches während der Ehe vom Meier ausgeübt wurde, ist aber auch in Beziehung auf die

---

[41]) Vergl. Prov. Recht §. 65. §. 93. II. Buch. Prov. Recht für Minden §. 76. §. 109. §. 111. §. 112. II. Buch.

Eigenschaft des Colonats sowohl, als in Rücksicht des Verhältnisses der fortgesetzten Gütergemeinschaft, denselben Beschränkungen unterworfen.

3) Von der Wirkung der Schichtung wird gesagt:

„In Betreff des Meierguts oder Colonats wird der Successor bestimmt, oder dem Anerben sein gesetzliches Erbfolgerecht — — gesichert.“

Dieser Satz bedarf einer Erläuterung; der Verfasser giebt sie im Paderb. Prov. Recht S. 168. und im Mindener S. 283. dahin:

„Die Wirkung der Schichtung ist also nur, daß die Dispositionsbefugniß beschränkt ist, daß der designirte Anerbe die wirkliche Expektanz erworben hat.“

„Der zur andern Ehe schreitende Colonatbesitzer behält — Lebenslang die Benutzung und Wirthschaft des Guts und das völlige Colonatrecht —“

Allein der entscheidende Moment, wann die Succession eröffnet wird, ist hier nicht zu finden; will man diesen, wie es zu geschehen scheint, bis zum Tode des überlebenden Ehegatten hinausschieben, so ist der Anerbe sehr übel berathen: es braucht nur der Heimfall abgelöst zu werden, und sein Recht ist vereitelt, denn die Succession hängt von dem Bestehen des Heimfalls zur Zeit der Vererbung ab, früher kann er keine ihn schützenden Expektanzen haben. Auch wissen wir nicht, welchen Unterschied der Verfasser in dem Rechte des Anerben vor und nach der Schichtung macht; denn er sagt bereits bei der prorogirten ehelichen Gütergemeinschaft „daß neben der vollen Dispositionsbefugniß das künftige Successionsrecht der Anerben nicht umgegangen werden dürfe,“ was doch un-

gefähr eben so viel wie die durch „die Schichtung erworbene wirkliche Expektanz bedeutet.“

Vogelsang[42]) untersucht die Frage, wann zur Zeit der Publikation des Gesetzes vom 23. Januar 1808 das Recht auf Herausgabe des Guts erlangt sey? und beantwortet diese nach Cap XI. §. 1. der Eigenthumsordnung dahin, daß das Anerberecht und das Recht auf Herausgabe des Guts erworben gewesen, wenn damals auch nur einer der die Stätte unterhabenden Eltern mit Tode abgegangen sey. Wigand greift diese Behauptung in dem Provinzialrechte für Minden S. 229 flg. ausführlich an; wir können uns aber von der Unrichtigkeit der Ansicht Vogelsangs nicht überzeugen, müssen sie vielmehr vollkommen theilen. Es wird dagegen hauptsächlich angeführt:

1. „Es könne wohl nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß wenn in der Eigenthumsordnung XI. §. 1. vom Tode Eines der Colonen die Rede sey, der überlebende gemeint werde.“ Wir glauben nein! Unsere Gründe sind: Wenn das Gesetz nichts weiter sagte, als durch den Tod „Mannes oder Weibes“ so bliebe die auf allen Fall sehr gezwungene Auslegung von Wigand, daß dieser Mann oder dieses Weib der conjux superstes sey, möglich; jetzt wird aber noch hinzugefügt „oder beider,“ und diese zwei Worte werfen die ganze Auslegung über den Haufen; ist nämlich Mann oder Weib der Ueberlebende, so sind mit dem Absterben des einen

---

42) Der Grundbesitz S. 46.

Digitized by Google

oder andern beide Eheleute todt, und was soll denn der Zusatz „oder beider“ bedeuten? Dagegen wird die sich an den Wortsinn haltende Auslegung von Vogelsang durch die alte Eigenthumsordnung vom 8. November 1669 außer Zweifel gesetzt; sie sagt Cap. I. §. 1.:

„Wenn ein eigenbehöriges Erbe oder Stätte durch den Tod der Colonorum des Mannes oder Weibes oder beider — — zur neuen Besetzung eröffnet wird —“

Sodann §. 24.:

„Wenn einer von den leibeigenen Ehegatten auf dem Erbe oder Kotten durch den Tod abgegangen u. s. w.“

Sie läßt also keinen Zweifel übrig, was sie hat sagen wollen.

2. Eben so wenig können wir zugeben, daß der Grundsatz, welchen Vogelsang aufstellt, die Rechte des überlebenden Ehegatten verletze, indem er darnach nur als Nutznießer des den Kindern zugefallenen Gesammtgutes erscheine. Mit dem Absterben des einen parens wird nur die Successsion in das Gut eröffnet — hereditas delata — aber erworben wird das Gut erst dann, wenn der überlebende Ehegatte schichtet oder verstirbt, bis dahin verbleibt er Eigenthümer. Dies steht mit den Grundsätzen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht im Widerspruch, sondern ist ihr ganz angemessen.[43])

Wenn schließlich Wigand glaubt, daß Vogelsang

---

[43]) Vergl. Deiters eheliche Gütergemeinschaft S. 246 folg. S. 250. not. x.

Digitized by Google

durch das Erkenntniß des Ober-Landesgerichts Halberstadt in Sachen Schröder gegen Distelmeier zu seinem Irrthume verführt sey, so dürfte hierbei übersehen seyn, daß jenes Erkenntniß nach der oben wörtlich mitgetheilten Stelle nur eine Succession mit dem Tode des Anerben annimmt, und das Colonat als solches gar nicht in die Gütergemeinschaft fallen läßt. Die darin hauptsächlich behandelte Frage, ob der Anerbe seinen leiblichen Vater oder Mutter, welcher aufgeheirathet ist, auf die Leibzucht schicken könne, hat mit unserem Gegenstande nichts zu thun, wie Wigand selbst anerkennt.

Ist der Anfall des Guts einmal geschehen, so kann auch durch Ablösung des Heimfallsrechts der Erwerb nicht verhindert werden; dieser tritt ein, wenn der überlebende Ehegatte verstirbt oder zur ferneren Ehe schreitet. Nach der Schichtung bleibt ihm nicht, wie Wigand sagt, das volle Colonatrecht, sondern nur der Nießbrauch. Unseres Erachtens spricht hierfür sehr stark die Meierordnung für Paderborn §. 14., wornach eine Verschreibung des Guts an den zweiten Ehegatten nur Gültigkeit haben soll „wenn die in den Rechten bei Veräußerung der minderjährigen Güter erforderlichen Sollenstäten beobachtet worden.“

Wir würden nach dieser Ausführung folgende vier Sätze für richtig halten:

1) Der Anfall eines von zwei Eheleuten nach den Grundsätzen der Paderborner oder Minden-Ravensberger Gütergemeinschaft besessenen Guts auf die Kinder ereignet sich beim Absterben eines Ehegatten.

Digitized by Google

2) Der Erwerb tritt erst ein, wenn der Ueberlebende verstirbt oder schichtet.

3) Im Fall der Schichtung verbleibt ihm blos der Nießbrauch.

4) Bis dahin besitzt der conjux superstes das Gut nach den Grundsätzen der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

§. 12.

Successionsrechte der Kinder zweiter Ehe eines Aufkömmlings.

Die Vestische E. O. §. 59., die Münsterische E. O. II. 9. §. 12., die Erbpachtsordnung §. 146. enthalten über die Succession eine singulaire Bestimmung, deren Anwendbarkeit nicht ohne Zweifel ist.

Wenn der Anerbe ohne Kinder verstirbt und der überlebende Ehegatte sich mit gutsherrlicher Bewilligung wieder auf dem Gute verheirathet und in zweiter Ehe Kinder erzeugt, so sollen diese zur Succession gelangen, und alle Seitenverwandte des verstorbenen Anerben ausgeschlossen werden.

Eine solche Ausschließung durch den überlebenden Ehegatten und deren Kinder findet sich häufig in der bäuerlichen Successionsordnung.[44])

Einige haben diese Succession mit der ehelichen Gütergemeinschaft, andere mit dem in den Statuten häufig

---

[44]) Vergl. Attest des Domcapitels vom 22. April 1697 bei Wigand Prov. R. für Minden. II. S. 320. Runde Interimswirthschaft §. 30.

Digitized by Google

vorkommenden Satz „Längst Leib längst Gut“ in Verbindung bringen wollen. Es mag dies für einzelne Territorien seine Richtigkeit haben. Auffallend ist aber, daß gerade in den ältesten bäuerlichen Successionsordnungen bei Gütern, wo von jeher das Erbrecht unbestritten war, die Collateralen den überlebenden Ehegatten ausschließen.[45]) Umgekehrt bei Gütern, wo die neue Verleihung mehr als Gnadensache des Gutsherrn betrachtet wurde, findet sich gemeinhin, daß der überlebende Ehegatte und dessen Kinder zweiter Ehe die Seitenverwandten des Vorbesitzers ausschließen, und es läßt sich deshalb sehr wohl annehmen, daß die Succession, wenigstens häufig, mit dem Interesse des Gutsherrn, allen Wechsel in der Familie der Besitzer zu verhindern, zusammenhing.

Im Veste Recklinghausen und im Fürstenthum Münster kann die oben gedachte Succession weder mit der Gütergemeinschaft noch sonst mit dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten zusammenhangen, weil bei kinderloser Ehe in beiden Territorien der conjux superstes keine Rechte auf die Güter des vorverstorbenen Ehegatten hat.

Auch sagen unsere Gesetze nicht, daß der überlebende Ehegatte, sondern nur, daß dessen Kinder zur Succession gelangen sollen.

Schepers[46]) verneint das Fortbestehen dieses

---

[45]) Vergl. Hobsrecht des Stifs Essen bei Rive l. c. S. 511. Dorstensche Hofesrechte das. S. 458 folg. u. s. w.

[46]) a. a. O. S. 731—732.

Succeſſionsrechts, weil die Declaration vom 24. Novbr. 1833 die bisherige Anſicht über die Auslegung des Geſetzes vom 21. April 1825 nur in dem einen Punkte, die Art der Auseinanderſetzung der Erben betreffend, herſtelle, vorausgeſetzt, daß mehrere Erben conkurrirten, im Uebrigen aber es beim Alten belaſſe.

Wir können das nicht glauben. Schepers wirft alles Gewicht auf die Worte „Auseinanderſetzung der Erben unter einander,“ welche aber nur den Gegenſatz bilden ſollen zu der verworfenen Auslegung, daß die betreffende Dispoſition im Geſetze vom 21. April 1825 ſich lediglich „auf den Gutsherrn“ beziehe. Jetzt heißt alſo die Dispoſition nach der authentiſchen Deklaration:

> „Bei fortbeſtehendem Heimfallsrechte wird das Grundſtück nach den früheren Grundſätzen vererbt, und zwar nicht bloß im Verhältniß des Gutsbeſitzers zu dem Heimfallsberechtigten, ſondern auch der Erben unter ſich.“

Das kann doch wohl, wenn man der grammatiſchen Auslegung folgt, nichts anders bedeuten, als daß die früheren Succeſſionsgrundſätze völlig wieder hergeſtellt ſeyn.

Eine andere Frage iſt freilich, ob das Succeſſionsrecht nicht deshalb fortfalle, weil es auf der Hörigkeit und der Zulaſſung zum Gewinn beruhte? Dies ſcheint uns indeß auch bedenklich, weil die alte Succeſſionsordnung faſt ganz von der Hörigkeit ausging, und es Wille des Geſetzgebers iſt, daß ſie auch nach aufgehobener Hörigkeit beſtehen bleiben ſolle.

Digitized by Google

§. 13.

Schlußbemerkung. — Vormundschaftliche Regulirungen.

Durch die Wiederherstellung der früheren Successionsverhältnisse leben eine Menge anderer Controversen wieder auf; dahin gehört die Streitfrage über den Verlust der Succession durch Abheirathung überhaupt und des Einflusses des Wechsels der Gesetzgebung auf diesen Punkt;[47]) über die Zeit, wann die Abfindungen gefordert werden können, wenn in den Gesetzen oder den Uebertragsverträgen nur von der Heirath der abzufindenden Kinder die Rede ist[48]) u. s. w. Auch die Schwierigkeit bei Vormundschaftsregulirungen ist unverkennbar, da über die Existenz des Heimfalls fast nirgends Sicherheit herrscht. Außer dem für sämmtliche Kinder zu bestellenden Vormunde müssen zwei Curatoren, einer für den Anerben, der andere für die abzufindenden Kinder angeordnet und unter diesen beiden muß die Frage über die Existenz des Heimfalls, über die Höhe der Abfindungen festgestellt werden.

Wir wünschen der guten Sache wegen, daß der ganze für das Wohl und Wehe vieler Familien so wichtige Gegenstand einer ausführlichen Erörterung unterworfen werde. Wie wenig Werth wir auf unsere eigenen Ansichten legen, haben wir im ersten Beitrage schon ge-

---

47) Vergl. Sommer a. a. O. S. 144.

48) Bülow und Hagemanns praktische Erörterungen. III. 16.

ſagt; wenn wir mehrfach die Meinungen Anderer bekämpft haben, ſo werden ſchon die Namen der Männer, denen wir in dieſer Abhandlung begegneten, dafür bürgen, daß wir nur die Sache ſelbſt im Auge gehabt haben können, und wenn dieſelben den Gegenſtand ihrer ferneren Aufmerkſamkeit würdigen möchten, ſo werden wir gewiß Gelegenheit finden, ihnen zu beweiſen, wie gern wir unſere Anſichten gegen beſſere vertauſchen.

Digitized by Google

XXXVI.

Verträge über das Eigenthum an Immobilien von nicht über 50 Thlr. unterliegen nicht unbedingt, sondern in der Regel gar nicht der schriftlichen Form.

Von

Sommer.

(Allg. L. R. Thl. I. Tit. 10. §. 15. 16. 17. Tit. 21. §. 233. Tit. 11. §. 1066.

I.

Unter unsere Preußischen Errores pragmaticorum gehört die gemeine Meinung, Verträge über das Eigenthum von Immobilien bedürfen unbedingt der schriftlichen Form, der Gegenstand möge über oder unter 50 Thlr. seyn.[1]) Versuchen wir, die Meinung zu erschüttern!

Den Cyclus der Gesetze, welche die Unredlichkeit bei Verträgen erlauben, eröffnete das Stempel-Edikt vom 13. Mai 1766, indem daselbst §. 2.[2]) verordnet ward:

---

[1]) S. z. B. Klein resp. v. Rönne Syst. des Pr. Civilrechts §. 102. N. II., 13. Grävell General-Theorie der Verträge S. 129 — 132. Bornemann, von Rechts-Geschäften. S. 244. (II. Aufl. S. 246.) Derselbe systemat. Darstell. des Preuß. Civilrechts Bd. 2. S. 460.

[2]) Nov. Constitut. March de 1766. No. 44. S. 404.

„Alle Pacht-, Kauf- und Mieth-Verträge über Immobilien sollen, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. beträgt, bei Strafe der Nullität schriftlich abgefaßt werden, und wenn dies nicht geschehen, aus dem Vertrage weder eine Klage, noch eine Exception, mithin auch kein Jus retentionis an den Sachen des Pächters oder Miethers, noch einige Zurückforderung der etwa bestellten Caution oder andere Schadloshaltung und Ersetzung des Vorschusses erlangt werden können.“

Das spätere Edikt vom 8. Februar 1770 [3]) dehnte diese Vorschrift auf alle Verträge, deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. betrage, aus, und so wurde dann diese schon feststehende Lehre in das allgemeine Landrecht aufgenommen. „Ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über fünfzig Thaler in Silber-Courant beläuft, muß (nach §. 131. Allg. L. R. I. 5.) schriftlich errichtet werden.“ Daß Verträge über Immobilien unter 50 Thlr. schriftlich errichtet werden müssen, ist hier nicht gesagt, vielmehr hat ja eben die Gesetzgebung damit angefangen, Verträge über Immobilien, wenn sie über 50 Thlr. betragen, der schriftlichen Form zu unterwerfen. Der §. 135. findet es daher auch nöthig, speciell zu bestimmen, daß Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten „allemal“ eine schriftliche Abfassung erfordern. Eine gleiche Bestimmung wurde auch bei Errichtung des Lehnsvertrages [4]) nothwendig gefunden, daß

---

[3]) Nov. Constitut. de 1770. No. 19. S. 66. 70.

[4]) Allg. L. R. I. 18. §. 83.

Digitized by Google

solcher nämlich „ohne Unterschied des Gegenstandes“ schriftlich errichtet werden müsse, was sich übrigens schon durch die unschätzbare Treue und Schutz,[5]) also gewissermaaßen beständige persönliche Lasten und Pflichten,[6]) von selbst rechtfertigt. Es muß also wenigstens schon gleich auffallen, daß man das unbedingte Erforderniß schriftlicher Verträge bei Immobilien nicht grade im Vertragstitel, wo sedes materiae war, ausgesprochen.

II.

Man findet inzwischen diese Bestimmung in den §§. 15. 16. 17. des Allg. L. R. Thl. I. Tit. 10. Allein man übersieht dabei ganz die Geschichte und die Stellung dieser §§. Die Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 verordnete im Tit. II. §. 58., daß, wer seinen titulum possessionis in dem Hypothekenbuche berichtigen lassen wolle, dem Gerichte das Erwerbungs-Instrument, „es sey nun solches ein Kaufbrief, Tauschcontrakt, Schenkungs-Instrument, letztwillige Disposition, Adjudications-Bescheid, oder wie es sonst Namen hat,“ übergeben müsse. Der §. 60. verfügte nun: „Um allen Zweifeln, Irrungen und Prozessen, welche bei Gelegenheit der Kauf- und anderer Veräußerungs-Contrakte unbeweglicher Grundstücke, aus Verabsäumung der erforderlichen Legalitäten, oder aus Mangel einer deutlichen und bestimmten Fassung, nur allzuleicht entstehen, in Zu-

---

[5]) Das. §. 13.

[6]) Allg. L. R. I. 5. §. 135.

Digitized by Google

kunft desto sicherer vorzubeugen, sollen von Publikation gegenwärtiger Ordnung an, dergleichen Instrumente nicht anders zur Eintragung angenommen werden, als wenn sie entweder vor Gerichten, oder vor einem Justiz-Commissario und Notario, in der durch die Prozeß-Ordnung bestimmten Form aufgenommen worden." Hierdurch wurde selbstredend keine neue Form des Vertrages festgesetzt, sondern blos die Bedingung ausgesprochen, unter der er ins Hypothekenbuch eingetragen werden solle. Wenn daher der §. 61. sagt:

„Auf den Grund eines unter den Partheien blos privatim errichteten Instruments sollen daher dergleichen Contrakte weder bei Gerichten bestätiget, noch viel weniger, auf den Grund derselben, ein titulus possessionis im Hypothekenbuche berichtiget werden,"

so kann dies nur auf den ausgesprochenen Gegenstand beschränkt, nicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge an sich ausgedehnt werden. Es ist vielmehr lediglich Sache der Contrahenten, sich eine solche eintragsfähige Urkunde auf Grund ihrer bestehenden Vertragsrechte zu verschaffen, was ja nach der allgemeinen Fassung des §. 58. auch z. B. ein Urtheil, welches den Vertrag als rechtlich vorhanden und legal erklärt, seyn kann, welchen Urtheils es ja z. B. auch bei dem Verluste der bündigsten Urkunde, im Falle der andere Theil deren Erneuerung weigert, zur Bewirkung einer Eintragung bedürfen würde. Ganz diesen Grundsätzen gemäß verordnet daher der §. 62.:

„Unter den Contrahenten selbst aber behält ein solcher Privat-Contrakt dennoch seine Wirkung; dergestalt, daß

auf selbigem, einer gegen den andern, auch auf die Errichtung des förmlichen Instruments darüber, als einen Theil der Erfüllung des Contraktes, klagen kann."

Es war also in den materiellen Rechtsbestimmungen über die Gültigkeit der Verträge an sich nichts geändert, und wenn der §. 61. von einem Privat-Instrument, und der §. 62. von "einem solchen Privat-Contrakt" spricht, so folgt daraus nicht, daß nur Verträge, über welche Privat-Instrumente vorhanden, gültig seyn sollen, dies blieb vielmehr der bereits darüber bestehenden Gesetzgebung überlassen. Dort konnte aber nur von Instrumenten gehandelt werden, weil selbstredend nur solche, nicht aber mündliche Verträge dem Hypothekenrichter vorgelegt werden können.

Diese selben Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung sind in den zehnten Titel des 1sten Theils des allgemeinen Landrechts, von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums, aufgenommen. Der §. 15.: "Alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstückes etwas verfügt wird, müssen gerichtlich, oder vor einem Justiz-Commissario aufgenommen werden," entspricht dem §. 60. der Hypoth. Ordn. Tit. II. — Der §. 16. Allg. L. R. I. 10.: "Auf dem Grunde eines bloßen Privat-, wenn auch schriftlichen Vertrages findet die Eintragung des Besitztitels in das Hypothekenbuch nicht statt," giebt den §. 61. der Hypoth. Ordn. Tit. II. wieder. Und der §. 17.: "Doch hat ein solcher Vertrag die Wirkung einer Punktation, und es kann also daraus auch auf die Errichtung eines förmlichen

Digitized by Google

gerichtlichen Instruments geklagt werden," ist der §. 62. der Hypoth. Ordn. Tit. II., welcher nur noch bestimmter diese Errichtung des förmlichen Instruments als einen Theil der Erfüllung erklärt.

Wenn nun jene hier wiedergegebenen Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung die mündlichen Verträge über Immobilien von nicht über 50 Thlr. nicht für ungültig erklären, es vielmehr bei dem nur Verträge über 50 Thlr. für ungültig haltenden Gesetzen bewenden lassen, — so läßt sich nicht einsehen, warum diese Bestimmungen, weil sie im allgemeinen Landrechte wiederholt, nun auf einmal einen anderen Sinn haben sollen. Dies ließe sich doch nur dann annehmen, wenn jetzt die allgemeine Gesetzgebung über die Wirkungen mündlicher Verträge eine andere wäre, als sie 1783 war. Das ist nun aber eben nicht der Fall, der §. 131. Allg. L. R. I. 5. enthält keine andere Satzung, als das Edikt vom 8. Februar 1770, er erklärt Verträge über Immobilien unter 50 Thaler nicht für ungültig, also unterstellen die §§. 15—17. Tit. 10. Allg. L. R. Thl. I. nicht eine Legislation, welche solche mündliche Verträge für ungültig halte. Sie selbst aber sprechen diesen Satz gar nicht aus. Sie sagen kein Wort davon, daß nicht auch aus einem mündlichen Vertrage über Immobilien unter 50 Thlr. auf Beschaffung eines eintragsfähigen Instruments geklagt werden könne. Vielmehr verordnet der §. 126. Allg. L. R. I. 11. allgemein: „Es gehört aber mit zu den Pflichten des Verkäufers, daß er alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um diese gerichtliche Zuschreibung an den Käufer zu bewirken." Jeder Ver-

Digitized by Google

käufer, also auch der, welcher einen Verkauf über Immobilien unter 50 Thlr. abschließt, muß sonach ein förmliches Instrument auf Erfordern ausstellen, um danach den mündlichen Vertrag dem Hypothekenrichter als existent darlegen zu können. Daraus, daß die §§. 16. und 17. Allg. L. R. I. 10. nur von schriftlichen Verträgen und Punktationen handeln, folgt nicht, daß andere Verträge nichtig sind. So gut wie nach der Hypotheken-Ordnung es möglich seyn mußte, einen gültigen mündlichen Vertrag zu verifiziren und zur Eintragung zu bringen, eben so ist das auch noch jetzt möglich. — Jeder Titel des Landrechts hat sein besonderes Objekt, der 5te Titel §. 131. hat es mit der Form des Vertrags-Abschlusses, die §§. 15 — 17. Allg. L. R. I. 10. mit der Form der Eintragung zu thun. Der zehnte Titel handelt von §. 6. an bis §. 20. von der Eintragung des an Immobilien erlangten Eigenthums ins Hypothekenbuch, und schafft hier ein im Verhältniß zum gemeinen Rechte ganz neues Rechts-Institut, eine fictio juris mit rechtlichen Folgen (§. 7—9.), bedingt durch guten Glauben (§. 10. 24. 25.). So gut wie es hier als möglich anerkannt wird, daß der zum Hypothekenbuch eingetragene Eigenthümer der wirkliche Eigenthümer nicht sey, eben so und eben darum kann möglicher Weise der wahre Eigenthümer augenblicklich sein Eigenthum nicht zum Hypothekenbuche nachweisen, und ist und bleibt es doch. Das wirkliche Eigenthum liegt also außer diesen Eintragungs-Modalitäten, wird (§. 1. 2. 3.) durch Willenserklärungen, Gesetze oder rechtliches Erkenntniß und Tradition erworben. Nur in den Fällen

der §§. 18. 19. spielen Fiction und Wirklichkeit ineinander, so uns hier aber nicht weiter tangirt.

In der That ist es unbegreiflich wie die bloße Omission des mündlichen Vertrags in den §§. 16. 17. I. 10. denselben als nichtig darstellen könne, da die allgemeinen Vertragsformen diese Nichtigkeit nicht begründen, und im zweifelhaften Falle die Form einer Handlung nur zur mehrern Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben vermuthet, eine Nichtigkeit aber nur dann aus Verabsäumung der gesetzlichen Form folgt, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert.[7])

III.

Andere und wohl die Mehrsten wollen die unbedingte Ungültigkeit mündlicher Verträge im §. 233. Allg. L. R. I. 21. finden. Insbesondere allegirt Bornemann in der systematischen Darstellung diesen §., und Grävell hat in seiner General-Theorie der Verträge diesen §. als §. 115 e., als einen allgemeinen Grundsatz aufstellend, aufgeführt. Es wäre nun aber höchst sonderbar, wenn man einen so wichtigen, den allgemeinen Regeln des 5ten Titels widersprechenden, Grundsatz an einen solchen verlornen Ort gestellt hätte. Daß dies nicht beabsichtigt gewesen, ergibt sich leicht, wenn man den §. 233. im Zusammenhange mit dem ihm vorhergehenden und fol-

---

[7]) Allg. L. R. I. 5. §. 40. 41.

genden §§. [8]) lieſt. Von §. 229. an wird vom Leihvertrage, commodatum gehandelt. Zum Begriffe dieſes Vertrages wird §. 229. 230. erfordert, daß die Zeit der Rückgabe der zum unentgeltlichen Gebrauche und in specie zu leiſtenden Zurückgabe unentgeltlich eingeräumten Sache entweder in ſich ſelbſt oder durch die Art, oder den Zweck des eingeräumten Gebrauchs beſtimmt ſey.

---

[8]) Allg. L. R. I. 21. §. 229. (Marginal I. Leihvertrag.): „Wird eine Sache Jemanden bloß zum Gebrauche unter der Bedingung, daß eben dieſelbe Sache zurückgegeben werde, unentgeldlich eingeräumt: ſo iſt ein Leihvertrag vorhanden."

§. 230.: „Es gehört zum Weſen dieſes Vertrages, daß die Zeit der Rückgabe entweder in ſich ſelbſt, oder durch die Art, oder den Zweck des eingeräumten Gebrauchs beſtimmt ſey."

§. 231. (Marginal: Precarium.): „Iſt weder die Art, noch der Zweck des Gebrauchs, noch die Dauer deſſelben beſtimmt: ſo iſt derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen bloßen Inhaber zu achten."

§. 232.: „Er iſt alſo die Sache, auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden, zu allen Zeiten zurückzugeben ſchuldig."

§. 233.: „Ein Gleiches findet ſtatt, wenn eine unbewegliche Sache, oder ein Recht der Gegenſtand des Contrakts, und dieſer nicht ſchriftlich abgefaßt iſt."

§. 234. (Marginal: Recht zur Zurückforderung bei dem Leihvertrage.) „Iſt aber ein wirklicher und gültiger Leihvertrag vorhanden: ſo kann die Sache in der Regel erſt nach verlaufener Zeit, oder nach geendigtem Gebrauche zurückgefordert werden."

Hierin liegt nun die Unterscheidung vom Precarium, dies ist nach §. 231. und 233. — mit der (§. 232.) Wirkung, daß der Inhaber die Sache auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden, zu allen Zeiten zurückzugeben schuldig ist — alsdann vorhanden, wenn weder die Art noch der Zweck des Gebrauchs noch die Dauer desselben bestimmt ist, oder, wenn dies zwar im Leihvertrage über eine unbewegliche Sache oder ein Recht geschehen, der Vertrag aber nicht schriftlich abgefaßt ist. Ist nun aber (§. 234.) ein wirklicher und gültiger Leihvertrag vorhanden, so kann die Sache in der Regel erst nach verlaufener Zeit, oder nach geendigtem Gebrauch zurückgefordert werden. Der Leihvertrag als genus theilt sich also in den Leihvertrag im engeren Sinne, wirklichen und gültigen Leihvertrag commodatum, und in precarium, beides wird zusammen als Ein Vertrag im Allgemeinen, insbesondere im §. 233. die Frage behandelt, wenn ein Leihvertrag über eine unbewegliche Sache in ein precarium übergehe. — Ein Anderes wollen jene §§. nicht besagen, und es ist unseres Erachtens gegen die richtigen Interpretations-Regeln, wenn man den §. 233. aus dem Zusammenhange reißt, statt des Worts „des Contrakts“ vielmehr „eines Contrakts“ liest — wie Grävell wörtlich thut — wenn man das Wort „des Contrakts“ von etwas anderem, als wovon hier die Rede, wenn man es nicht vom Leihvertrage, der wegen Mängel als solcher nicht besteht nnd daher in ein Precarium übergeht, versteht. Der §. 229. spricht vom Leihvertrage, der §. 230. berichtet, was zum Wesen „dieses Vertrages“ gehöre, der §. 231. spricht von dem Ge-

Digitized by Google

brauche, von dem so eben die Rede war, und der §. 233. kann daher unter dem „Gegenstand des Contrakts“ nur den Gegenstand dieses unvollkommenen Leihvertrags verstehen. — Man kann so etwas eigentlich nicht noch besonders beweisen, da es aus dem Zusammenhange sich von selbst ergibt. Es läßt sich hier aber auch noch leicht darthun, daß der §. 233. nicht auf einen erfüllten mündlichen Vertrag über das Eigenthum von Immobilien gehen kann. Denn sollte er dies, so müßte man ja annehmen, daß der Tradent den Empfänger zu allen Zeiten als bloßen Inhaber (§. 231. 232.) ohne Weiteres entsetzen könne;[9]) dem ist aber nicht so, der Empfänger hat vielmehr nach §. 163. Allg. L. R. I. 5. durchgehends die Rechte eines redlichen Besitzers, er hat bis zur Rückzahlung des seiner Seits Geleisteten ein Retentions-Recht und die Rechte des Pfandinhabers,[10]) was also toto coelo von dem Verhältniß eines bloßen Inhabers verschieden ist. Man müßte daher nicht bloß die Aufhebung des allgemeinen Grundsatzes des §. 131. I. 5., der Verträge unter 50 Thaler für gültig erklärt, im §. 233. I. 21. finden, sondern zugleich eine völlige Umkehrung der im 5ten Titel so klar festgestellten Grundsätze über die Rechtsverhältnisse eines erfüllten mündlichen Vertrags. So leicht nimmt man aber so viel Wider-

---

[9]) Allg. L. R. I. 7.: „Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen.“

[10]) Allg. L. R. I. 20. §. 536. 539. 558.

Digitized by Google

sprüche nicht an. Ueberhaupt aber wird nimmer zugegeben werden können, daß der Gesetzgeber Jemand, der die Sache als sein wirkliches Eigenthum auf den Grund eines, wenn gleich immerhin nichtigen, Vertrags besitzt, ohne Weiteres für einen Inhaber erkläre, der also „die Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, in seinen Gewahrsam hat;“ [11]) das wäre ja eine wahrhaft unerhörte Fiktion, eine Verwechselung der Gültigkeit des Titels mit dem animus des Besitzers.

Erwägt man alle diese Widersprüche, welche sich von der gewöhnlichen Auslegung des §. 233 I. 21.[12]) nicht trennen lassen, so wird es nur zu verwundern seyn, wie so viele erleuchtete Männer sich einer so irrigen Auslegung hingeben konnten. Uebrigens ist es allerdings eine Singularität, daß nach §. 233. der Leihvertrag über eine unbewegliche Sache oder ein Recht — ohne Rücksicht auf den Werth des Objekts — in ein precarium übergeht, wenn er nicht schriftlich errichtet ist. Dies erklärt sich aber nicht etwa aus einem, nirgend erfindlichen, allgemeinen Grundsatze, daß Verträge über Immobilien unter 50 Thaler nothwendig schriftlich seyn müssen, sondern sehr natürlich schon daraus, daß hier, wo die Unentgeltlichkeit zum Begriffe des Ver-

---

[11]) Allg. L. R. I. 7. §. 2.

[12]) Dieser §. ist übrigens auch in der Juristischen Zeitung aus Veranlassung von N. XVI. des vorigjährigen Archivs S. 319. sehr lebhaft controvertirt worden.

Digitized by Google

trags gehört, von einem Preiſe über oder unter 50 Thaler keine Rede ſeyn kann. Die Beſchränkung von unentgeltlichen Vergabungen von Immobilien iſt ein ſelbſtſtändiger Gegenſtand der Geſetzgebung — ſiehe §. IV. — und die Singularität iſt hier kaum bedeutender, als die, daß nach §. 235. 236. ſelbſt bei einem wirklichen und gültigen Commodat die Sache vor der bedungenen Zeit ohne Schadens-Erſatz zurückgefordert werden kann, wenn ſie dem Verleiher wegen einer unvorgeſehenen Veränderung in ſeinen eigenen Umſtänden unentbehrlich wird.

IV.

Bornemann in der ſyſtematiſchen Darſtellung allegirt auch den §. 1066. Allg. L. R. I. 11., wo es allerdings heißt:

„Iſt eine unbewegliche Sache auf den Grund eines ſchriftlichen, wenn gleich außergerichtlichen, Schenkungs-Vertrags dem Beſchenkten übergeben worden, ſo kann der Geſchenkgeber dieſelbe wegen Ermangelung eines gerichtlichen Vertrags nicht zurückfordern.“

Er ſcheint alſo auch hierin die Anerkennung eines allgemeinen Grundſatzes zu finden. Mit Unrecht. Es entſcheidet hier der gratuite Charakter der Schenkungen, eine vormundſchaftliche Tendenz der Geſetzgebung. Nicht weil ein ſchriftlicher Vertrag erforderlich, ſondern weil ein gerichtlicher nach §. 1063. u. 1064. nothwendig,

wovon nach §. 1066. eine Ausnahme nur für den Fall einer Tradition auf den Grund eines schriftlichen Schenkungs-Vertrags gestattet, ist hier der mündliche Vertrag über Grundstücke unter 50 Thaler — welcher Preis ja hier nicht einmal denkbar, da Schenkungen keinen Preis haben — nicht gültig. Dies ist von selbst klar.

Eben so unbeweisend ist Kleins Allegat der Entscheidung der Gesetz-Commission vom 30. November 1791,[13]) da diese nur entscheidet:

> daß ein über unbewegliche, mehr als 50 Thlr. an Werth betragende Güter mündlich oder von einem Lesens und Schreibens unerfahrnen, ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschlossener und von beiden Seiten erfüllter Contrakt unverbindlich sey, ein solchergestalt verkauftes, bezahltes und tradirtes Grundstück gegen Zurückzahlung des Kaufgeldes vindizirt werden könne.

Diese Befugniß des Vindizirens war nämlich in dem Edikte vom 8. Februar 1770 nicht wörtlich enthalten, und ward hier daher durch Interpretation festgestellt.

V.

Das Resultat ist also, daß nirgend der allgemeine Grundsatz des §. 131. Allg. L. R. I. 5. aufgehoben,

---

[13]) Bei Stengel Beiträge Bd. 5. S. 153.

Digitized by Google

Verträge über das Eigenthum von Immobilien von nicht über 50 Thaler nicht an die schriftliche Form gebunden sind, und die Verträge über Leihen und Schenken schon darum ihre besonderen Grundsätze haben, weil bei ihnen kein Preis vorliegt.

Digitized by Google

XXXVII.

1) Ob der Vorbehalt des Eigenthums den Verkäufer zur Aufhebung des Vertrages selbst berechtigt, oder

2) welche sonstige Rechtsverhältnisse die Ausübung jenes Vorbehalts herbeiführe.

(Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 260. 261. 262.)

Rechtsfall mit Abhandlung

von

Sommer.

Durch einen Vertrag vom 27. September 1831 übertrug Ostermann zu Eiringhausen dem Wernecke ein Ackerland und Berg, und dieser dagegen im Wege des Tausches ein anderes Land und eine Zugabe von 100 Thlr. Die wechselseitige Uebergabe der vertauschten Grundstücke erfolgte. Der §. 3. des Vertrages bestimmte:

„Die Berichtigung der Zugabe und resp. des Kaufschillings erfolgt in der Art, daß 1) Ostermann am heutigen Tage bereits 30 Thlr. g. G. von dem Werneke baar erhalten hat und daher hierüber quittirt; 2) die fehlenden 100 Thlr. g. G. muß Werneke am 1. Mai 1832 abführen.“

Sodann bestimmte der §. 4.:

„Bis zur Zahlung und zum Zahlungstage der zurückstehenden 100 Thlr. g. G. behält sich Ostermann das Eigenthum der übertragenen Grundstücke bevor. Auch muß dieser Rest vom 15. März d. J. ab landesüblich mit 5 Prozent verzinset werden.“

Da Werneke die auf den 1. Mai 1832 bedungene Restzahlung nicht leistete, so trug Ostermann am 18. Juni 1832 beim Land- und Stadtgerichte Plettenberg darauf an, in Folge des Eigenthums-Vorbehaltes den Werneke zur Rückgabe des erhaltenen Landes und Berges gegen Rückempfang des dagegen abgetretenen anderen Landes und gezahlten 30 Thlr. g. G. zu verurtheilen. Werneke erwiderte, daß der Vorbehalt des Eigenthums blos zur Sicherheit des Klägers stipulirt worden, wie aus der Fassung des §. 4. des Vertrags deutlich hervorgehe, daß daher nur auf die rückständige Zugabe geklagt werden könne, welche er zu leisten bereit war, der Kläger aber nicht mehr annehmen wollte.

Das Land- und Stadtgericht Plettenberg erkannte unterm 31. Mai 1833 zu Recht, daß 1) Verklagter gegen Rückempfang des Ländchens am Einig und der geleisteten Abschlagszahlung von 30 Thlr. g. G. schuldig, binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Execution dem Kläger das Land ober der Mühle mit dem anschießenden Berge sofort zurückzugeben; 2) der Tag, an welchem diese Rückgabe hätte geschehen müssen, auf den 2. Mai 1832 festzustellen, und Verklagter verpflichtet, den durch seine verzögerte Zurücklieferung dem Kläger veranlaßten, im besonderem Prozesse auszumittelnden Schaden zu, ersetzen.

Digitized by Google

Gründe.

Die Zulässigkeit der Nebenabrede des vorbehaltenen Eigenthums auf den Fall, daß ein Käufer das kreditirte Kaufgeld oder einen gewissen Theil desselben in einem bestimmten Termin nicht zahlen würde, ist nach dem Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 266. eben so unbedenklich, als es daselbst klar entschieden ist, daß ein solches Abkommen die Wirkung einer auflösenden Bedingung äußere.

In so fern nun im vorliegenden Falle ein bestimmter Zahlungstermin feststand, und Verklagter diesen geständig gänzlich unerfüllt gelassen hat, ist Kläger unbedenklich berechtigt, die Rückgabe des Landes ober der Mühle genannt, mit dem angrenzenden Berge, zu verlangen. Daß unter dem diesfälligen Kaufe theilweise ein Tausch-Geschäft sortirte, kann an dem Rechtsverhältnisse, um das es sich hier handelt, nichts ändern, Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 364.

Der Termin zur Zurückgabe des Landes war nach §. 47. Th. I. Tit. 3. des Allg. L. R. auf den 2. Mai 1832 festzustellen, woraus von selbst folgt, daß Verklagter von diesem Tage ab allen dem Kläger aus der verzögerten Uebergabe erwachsenen Schaden erstatten muß.

Der Verklagte appellirte.

Der Civil-Senat des Ober-Landesgerichts zu Hamm erkannte durch ein am 20. Februar 1834 verkündetes Urtel zu Recht, daß das Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts Plettenberg zu bestätigen, dem Appellanten auch

Digitized by Google

die Kosten dieser Instanz und eine Sukkumbenzstrafe von 4 Thalern aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der §. 266. Tit. 11. Th. I. des Allg. L. R. bestimmt:

„Hat der Verkäufer auf den Fall, wenn der Käufer das kreditirte Kaufgeld, oder einen gewissen Theil desselben in einem bestimmten Termine, nicht zahlen würde, sich das Eigenthum der verkauften und übergebenen Sache vorbehalten, so hat dieses Abkommen die Kraft einer auflösenden Bedingung. (§. 261. 262.)“

Dieser Fall liegt vor, da nach der wörtlichen Fassung des §. 4. des Vertrags vom 27. September 1831 sich der Ostermann bis zur Zahlung und zum Zahlungstage der rückständigen 100 Thlr. g. G. das Eigenthum der übertragenen Grundstücke vorbehalten hat, wobei nach §. 364 l. c. der Umstand, daß der fragliche Contrakt theilweise ein Tauschgeschäft involvirt, keinen Unterschied macht. Verklagter hat das ihm kreditirte Kaufgeld in dem bestimmten Termine nicht gezahlt, die Resolutiv-Bedingung ist daher eingetreten, mithin der Vertrag selbst nach §. 261 l. c. und §. 114. Tit. 4. Th. I. des Allg. L. R. als wieder aufgehoben zu betrachten.

Wenn nun gleich nach der allegirten Vorschrift des §. 261. und 262 l. c. im Fall einer solchen Resolutiv-Bedingung beim Kauf das Eigenthum der Sache schon durch die Uebergabe an den Käufer gelangt, dergestalt,

daß auch nach eingetretener Bedingung eine neue Uebergabe an den Käufer erforderlich ist, so findet doch Appellant in dieser gesetzlichen Disposition ganz irrig die alleinige Wirkung einer dem Vertrage beigefügten Resolutiv-Bedingung. Die Hauptwirkung derselben besteht in der Wiederaufhebung des Vertrags selbst, wobei nach §. 115. Tit. 4. l. c. der bedingt Berechtigte sein Recht mit dem Eintritt der Bedingung verliert und wegen der etwa gezogenen Nutzungen die Bestimmungen des §. 116 seq. l. c. zur Richtschnur dienen müssen.

Diese Erkenntnisse beweisen neuerdings, wie wenig diejenigen das allgemeine Landrecht nach seinem wahren Geiste interpretiren können, welche auf dessen Entstehung aus und auf seine Verbindung mit dem gemeinen Rechte keine Rücksicht nehmen.

Das pactum reservati dominii ist daraus entstanden, daß nach römischen Rechte an und für sich das Eigenthum vor bezahltem Kaufschillinge ungeachtet der Tradition nicht, wohl aber dann, wenn fides de pretio habita war, überging.[1]) Um sich nun in einem solchen Falle des kreditirten Kaufschillings zu sichern, erfand man den Nebenvertrag des vorbehaltenen Eigenthums.[2]) Es war nun sehr bestritten, welche Wirkungen dieser Vorbehalt habe, ob er das Eigenthum

---

[1]) §. 41. J. de acquir. rer. dom. (2, 1.)

[2]) Glück Pandekten, Comment. Bd. 16. S. 230 ff.

Digitized by Google

des Käufers suspendire, oder ob er es nur im eintretenden Falle resolviren lasse, oder ob er überhaupt nur als eine Verpfändung zu betrachten sey.[3]) Diese Controverse wollten die Redaktoren des allgemeinen Land-

---

[3]) S. z. B. für die Resolvirung Hert Dissert. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita (Comm. et Opusc. Vol. II. Tom. III. p. 155 seqq. §. 7.) Schaumburg Comp. jur. Dig. Lib. 18. Tit. 1. §. 18. Thibaut Syst. d. Pand. R. §. 955. Günther princ. jur. Rom. priv. noviss. §. 1063. Hufeland Lehrb. des Civilrechts §. 499. Not. 2. Für die Suspension des Eigenthums. Wahl Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii in rebus praecipue immobilibus veuditis §. 20. Madike Princip. jur. Rom. P. II. §. 186. Dabelow Handbuch des heut. röm.-deutschen Privatrechts Th. II. Abth. 2. §. 1309. Höpfner Instit. Comm. §. 873. Hofacker princ. J. c. R. G. §. 1967. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 51. Not. c. S. 85. Gensler im Archiv für civilistische Praxis Bd. 2. S. 291 bis 293. — In Sachsen ist durch die erläuterte Prozeß-Ordnung Tit. 42. §. 7. dem Eigenthums-Vorbehalt nur die Wirkung einer Hypothek beigelegt, was nach Berger Oecon. jur. Lib. III. Tit. 5. §. 7. Not. 6. schon früher Meinung der Praxis war. Wahl vermischt §. 35 seqq. den Eigenthums-Vorbehalt mit dem Hypothek-Vorbehalt, und auch Schweppe Röm. Privatrecht, IV. Ausg. Bd. 2. §. 368. bemerkt nach Weber zu Höpfners Comm. §. 873. sofern die Sicherheit des frühern Eigenthümers nicht darunter leide, müsse man allerdings von der Idee eines bloßen Pfandrechts ausgehen.

Digitized by Google

rechts entscheiden, indem sie Th. I. Tit. 11. §. 266. 268. den Eigenthums-Vorbehalt nur da, wo ein bestimmter Zahlungs-Termin verabredet, zuließen, sonst aber nur einen Hypothek-Vorbehalt als beabsichtigt annahmen, und im ersteren Falle sich zugleich für die Resolutiv-Bedingung entschieden.

Nach den Materialien ist diese Entstehungs-Geschichte der §§. 266. 268. unzweifelhaft, und bei der jetzigen Gesetzrevision hat man nur noch nöthig gefunden, den Fall, wo beim Eigenthums-Vorbehalte das Kaufgeld auf Kündigung stehen geblieben, zu entscheiden, so daß er unter den § 268. gehöre.

Es ist gar kein Gedanke daran gewesen, die Aufhebung des Vertrages selbst mit Ablauf der Zahlungsfrist auszusprechen, die lex commissoria[4]) mit dem blos der Sicherheit wegen verabredeten pactum reservati dominii zu verwechseln,[5]) worin eben der

---

[4]) Lib. 18. Tit. 3 ff.

[5]) Berger l. c. sagt: „Legi commissariae cognatum esse pactum dominii reservativum.“ Erst die jetzigen Preußischen Juristen verwechseln beide, in der Hyp. Ordn. Tit. 2. §. 79. 80. 83. 126. noch so genau unterschiedene, Nebenverträge. Auch Bornemann systemat. Darstell. Bd. 3. S. 80 ff. wirft beide Nebenverträge ganz durch einander, und kommt dann freilich zu derselben Meinung, wie die obigen Erkenntnisse. Ja es ist zu wetten, daß noch auf lange hin nur eine kleine Gemeinde unsrer Ansicht beitreten, die Mehrzahl aber noch lange am Buchstaben hängen wird. Allein dies darf nicht von der Anfechtung

Digitized by Google

ganze Irthum der vorstehenden Erkenntnisse besteht. Es verstand sich gemeinrechtlich von selbst, daß der Verkäufer ungeachtet der Ausübung jenes pacti reservati dominii den aus dem Wiederverkaufe der Sache erlösten Ueberschuß dem Käufer oder seiner Concurs-Masse zufließen lassen muß, auch daß der Käufer oder seine Concurs-Masse durch Bezahlung des Kaufgeldes die Zurückgabe der verkauften Sache vermeiden können,[6]) eben so daß der Verkäufer, der schon einen Theil des Kaufschillings erhalten hatte, bei Ausübung des pacti reservati dominii jenen Theil erst dann und in so weit zurückgab, als er durch anderweiten Verkauf der zurückgenommenen Sache für sein Interesse — den rückständigen Theil des Kaufschillings mit Zinsen — befriedigt war.[7]) Der Vortheil des Verkäufers bei dem fraglichen pactum besteht nicht in Aufhebung der Kaufverhältnisse, sondern in deren Sicherung durch das vorbehaltene Eigenthum, in der Befugniß, dieß Eigenthum, ohne sich

---

gemeiner, durch ein unvollkommen redigirtes Gesetzbuch und mangelhafte Kenntniß des früheren Rechtszustandes veranlaßter Irrthümer abschrecken.

6) Hert Sect. I. §. 10. Wahl §. 48. Gmelin Diss. de jure separationis, quod ex orto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. §. 26. Gmelin Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprozesse Kap. 2. §. 51. Schweppe a. a. O. Glück S. 233.

7) Pufendorf Observ. jur. univ. P. IV. obs. 165. Schweppe a. a. O.

in einen Concurs einlassen zu müssen, vindiziren zu können. Darum trägt denn auch nach der richtigeren Meinung, da jener Vorbehalt überhaupt nicht die Perfection, sondern die Vollziehung des Contrakts betrifft, nicht der Verkäufer, sondern der Käufer die Gefahr der Sache.[8])

Es findet sich nun zwar allerdings die **Lex commissoria** nicht als besonderer Nebenvertrag im allgemeinen Landrechte, allein offenbar nur darum, weil im ersten gedruckten Entwurfe des Landrechts überhaupt die **Lex commissoria** als sich fast überall bei Verträgen von selbst verstehend ausgesprochen war,[9]) was freilich nachher geändert ward, ohne daß man grade Veranlassung fand, die **Lex commissoria** beim Kaufe anders, als durch die allgemeine Satzung des §. 261. Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. zu berühren. — Der §. 231. bestimmt als Regel — nachdem die Ausnahmen bei beweglichen Sachen unter 50 Thlr. in den §§. 229. 230. vorgetragen waren,[10]) — daß derjenige Theil, welcher behauptet, daß ihm die Erfüllung des Vertrags ohne rechtlichen Grund verweigert, oder nicht gehörig geleistet werde, nur auf die Erfüllung klagen könne. Der §. 232. verweis't auf die allgemeinen Fälle, wo die Gesetze einen

---

[8]) S. Authoren bei Glück S. 232. Not. 54. und Thibaut §. 955.

[9]) v. u. zur Mühlen bei Simon und von Strampff Zeitschrift Bd. 1. S. 24.

[10]) S. Korte im N. Archiv 1835 S. 63 ff.

Digitized by Google

Contrahenten zum Rücktritte von dem Vertrage wegen der von dem Andern verweigerten Erfüllung nach Th. I. Tit. 5. §. 396—407. berechtigen. Nirgend ist aber bestimmt, daß der Vorbehalt des Eigenthums als eine auflösende Bedingung für den Vertrag selbst anzusehen sey, er ist es offenbar nur für die Uebertragung des Eigenthums, die Kaufverhältnisse bestehen aber auch schon, wenn der Verkäufer noch das Eigenthum der Sache an sich hat, hören also nicht darum auf, weil dieser das Eigenthum wieder erworben hat. Die Allegation der §§. 261. 262. im §. 266. kann nicht beabsichtigen, hier „eine Wiederaufhebuug des Kaufs" als bedungen anzunehmen, sondern nur, anzudeuten, daß das Eigenthum durch die erste Uebergabe auf den Käufer übergegangen und nur durch eine besondere neue Uebergabe auf den Verkäufer zurück gehen könne. Es wäre auch nicht wohl einzusehen, was die Redaktoren des Landrechts veranlaßt haben könne, hier dem pactum reservati dominii, dessen gemeinrechtliche Controverse sie entschieden, eine ganz andere Bedeutung, als es nach gemeinem Rechte und nach der Hypotheken-Ordnung anerkannt hatte, zu geben, es in eine Lex commissoria zu verwandeln. [11])

Bei der Wort-Auslegung, die der §. 266. in den vorstehenden Erkenntnissen, so wie bei Bornemann gefunden, würde sich häufig der Verkäufer grade am schlech-

---

[11]) in welchem Fall es ja auch nach den Not. 5. angeführten Stellen der Hypoth. Ordn. ex officio würde eingetragen werden müssen!

Digitized by Google

testen stehen. Nähme er die Sache wieder an sich, weil der Kaufvertrag als aufgehoben anzusehen, so würde er bei gefallenem Preise der Sache keine Erholung für den Ausfall beim Käufer haben, ja den schon erhaltenen Theil des Kaufschillings zurückgeben müssen, ohne immer die Gewißheit zu haben, aus der zurück genommenen Sache sich dafür entschädigt zu finden. Auch den Bürgen für das Kaufgeld würde er nicht mehr anhalten können, weil ja keine Hauptverbindlichkeit mehr bestände! Es würde freilich vom Käufer abhangen, ob er die zu seinem Vortheil bestimmte Auflösung eintreten lassen wolle, allein thäte er es nicht, wollte also die Kaufschuld-Klage anstellen, so würde er keine Rechte auf die Sache verfolgen können, sich also schlechter stehen, als der Verkäufer, welcher den Eigenthums-Vorbehalt ohne Bestimmung eines gewissen Zahlungs-Termins beigefügt und also nun doch eine Hypothek auf die Sache hat (§. 268.) [12]) Unsere Auslegung, welche die §§. 266. 268. auf die realen Verhältnisse, nicht auf die persönlichen Kauf-

---

[12]) Wirklich bestreitet Bornemann S. 84. dem Verkäufer, der ungeachtet des Verzugs beim Kaufe stehen bleiben will, die Befugniß, das rückständige Kaufgeld in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. Nach der richtigen Auslegung kann eine solche Frage gar nicht eintreten, da der Verkäufer sich das Eigenthum wieder beilegen und dennoch die Rechte aus dem Kaufe behalten kann, also einer hypothekarischen Eintragung, welche ihm doch im besten Falle nicht mehr als den Erlös der Sache verschaffen kann, nicht bedarf.

Verhältniſſe erſtreckt, iſt alſo in allem Betracht die richtige.

Die Rechts-Verhältniſſe, wie ſie nach unſerer Anſicht bei der Ausübung des Eigenthums-Vorbehalts zu ſtehen kommen, ſind folgende:

1) Der Verkäufer ſtellt nach Ablauf des Zahlungs-Termins die Klage auf Wiederüberlieferung der Sache gegen den Käufer oder den mit dem Eigenthums-Vorbehalte wirklich oder kraft rechtlicher Fiktion bekannten dritten Erwerber [13]) an.

2) Die Sache muß ihm zurück gegeben werden, ohne daß die Einrede ſtatt fände, daß zugleich der früher ſchon gezahlte Theil des Kaufſchillings erſtattet werden müſſe, denn dies hat auf die realen Verhältniſſe keinen Einfluß, bedingt das Eigenthum und deſſen Rückgang nicht, und begründet am allerwenigſten dieſerhalb ein Communion-Verhältniß.

3) Die Rückgabe des Eigenthums ändert in den perſönlichen Contrakt-Verhältniſſen nichts. Der Käufer kann durch Zahlung des Rückſtandes mit Zinſen ſich zur Klage auf (neue) Ueberlieferung befähigen, und der Verkäufer kann auf Zahlung des rückſtändigen Kaufſchillings klagen und im Exekutionswege ſich an die verkaufte Sache [14]) und

---

[13]) Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 264. 265. 270.

[14]) wohl durch einen freiwilligen Verkauf, da man ſein Eigenthum nicht nothwendig ſubhaſtiren kann.

sonstiges Vermögen des Käufers, so wie an die Bürgen halten.

Ob es inzwischen nicht gerathen sey, bei der Revision des allgemeinen Landrechts, den §. 266. genauer zu fassen, um Wort-Auslegungen, wie die bisher bekämpften, zu vermeiden, ob nicht auch eine Feststellung der näheren Rechtsverhältnisse in Folge der Ausübung des Eigenthums-Vorbehalts wünschenswerth sey, bleibt billig der Weisheit der **Conditorum juris novissimi** überlassen.

Digitized by Google

XXXVIII.

Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht.

Von

Fr. Th. Boele.

§. 1.

Die Wichtigkeit des sogenannten Wasserrechts sowohl in Beziehung auf das allgemeine Staatswohl, als das Interesse der Privaten wird Niemand verkennen, der Gelegenheit gehabt hat, in Gegenden, wo viele Fabriken sind, oder doch dem Wiesenbau besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird, die vielen über die Benutzung des Wassers vorkommenden Rechtsstreitigkeiten kennen zu lernen; deshalb behandelte auch das römische Recht schon diesen Gegenstand mit sehr vieler Sorgfalt und suchte durch eine Menge specieller Bestimmungen nicht allein für das praktische Bedürfniß zu sorgen, sondern auch die Nutzungs-Möglichkeit Aller mit dem Rechtsgrundsatze: [1]) daß Jeder-

[1]) Dieser Rechtsgrundsatz bildet den Grundgedanken in Tit 3. de aqua et aquae pluviae arcendae D. lib. 39.,

mann auf seinem Eigenthume beliebig handeln könne, so lange er nicht positiv und unmittelbar auf das Eigenthum des Nachbars einwirke, auszugleichen. Vergleicht man die im Corpus juris über diese Materie vorkommenden Stellen [2]) mit einander: so sieht man recht deutlich, welche Mühen dieser Ausgleichungsversuch den römischen Juristen machte, insbesondere aber, daß ihnen jener alte Rechtsgedanke zu lebendig einwohnte, als daß sie es vermocht hätten, in dieser Materie der Natur der Sache und dem damit verknüpften praktischen Bedürfnisse selbstständig zu folgen, und daraus ein konsequentes Rechtssystem zu abstrahiren. Der Grund lag unverkennbar in der Rechtsausbildung. — Denn die eigentliche Lebensader des römischen Rechts fällt in die noch einfache Zeit des römischen Freistaats, wo die Wichtigkeit einer geregelten Benutzung der Flüsse noch wenig hervortrat, und, als in der späteren Periode Gewerbe, Schifffahrt und Agrikultur einen höhern Standpunkt erreichten, hatte das Rechtsgebäude bereits eine zu bestimmte Richtung erlangt, und das Alte wurde zu heilig gehalten, als daß das veränderte praktische Bedürfniß

---

gilt auch in dieser Materie noch jetzt, darf aber auf selbstständige fliessende Gewässer nicht angewandt werden.

2) Corpus juris civilis lib. 43. D. tituli 12—16., 20—24. — lib. 29. tit. 3. — Codex lib. 3. tit. 34 cf. die in Mittermaiers deutschem Privatrechte 3te Ausgabe §. 279. 280—296. allegirte reichhaltige Literatur und dazu Gründlers Polemik des german. Rechts 2. Band §. 438—458.

Digitized by Google

ein ganz neues entsprechendes Recht sich hätte schaffen können. Ein großes Glück war es jedoch, daß im Sinne des römischen Rechts zu den öffentlichen Flüssen gerechnet werden: alle stromweis in der Regel nicht vertrocknenden, zu jeder Jahreszeit ununterbrochen fließenden Gewässer, und daß nur die von dem Privateigenthume einer Person rings umgebenen Gewässer, z. B. kleine Bäche und Teiche, als Theile der Güter betrachtet werden, durch welche sie fließen; so wie alle auf dem Privateigenthume einer Person durch künstliche Vorrichtungen zu Privatzwecken gesammelte Gewässer nur Privatgewässer sind. [3])

---

[3]) C. 1. D. ne quid in flumine publico fiat (43. 12.) Flumen de rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium ... Flumina quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam Celsus probat, videtur esse probabilis. Die Auslegung dieser Stelle, besonders die Feststellung des Unterschiedes zwischen einem Flusse und einem Bache hat die verschiedensten Meinungen veranlaßt, worauf jedoch näher einzugehen, um so weniger Veranlassung vorliegt, indem das Allg. L. R., welches wir hier zunächst im Auge haben, von einer ganz andern Grundbestimmung ausgeht; wir verweisen daher, die Interpretation jener Stelle betreffend, hauptsächlich auf: von Bülows und Hagemanns praktische Erörterungen I. Band III. Erörterung, und auf die Abhandlung von Gesterding im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 3. S. 61 seq. So viel geht jedoch aus jener Stelle in Verbindung mit den folgenden Bestimmungen unleugbar hervor, daß der Jurist nicht sowohl eine erschöpfende De-

Digitized by Google

Auf dieſe Weiſe wurde jener Grundſatz des Eigenthums auf dieſe Privatgewäſſer beſchränkt, wo er der durch die Nutzungs-Möglichkeit aller Adjazenten begründeten Nothwendigkeit nicht mehr im Wege ſtand, indem ein ſolches Waſſer ſeiner Natur nach nur Einem, oder Einzelnen nutzen kann, wogegen hinſichtlich der Benutzung jener öffentlichen Flüſſe, wozu alle Gewäſſer gehören, die von Natur ſchon der gemeinſamen Benutzung der Bewohner, durch deren Gegend ſie fließen, beſtimmt ſind, die unduldſame Einſeitigkeit im Gebrauche durch gehörige Vorſchriften, beſonders durch Interdicte, beſeitigt würde.[4])

Wenn nun die römiſchen Juriſten, beſonders die der klaſſiſchen, auf dieſe Weiſe die dem praktiſchen Be-

---

finition beabſichtigte, als den Grundſatz hervorheben wollte, daß bei Entſcheidung der Frage: ob ein Gewäſſer als Flumen anzuſehen, außer Berückſichtigung der Meinung der Anwohnenden, hauptſächlich darauf Rückſicht zu nehmen ſey, ob daſſelbe eine ſolche ſelbſtſtändige Bedeutung habe, daß es von Natur der gemeinſamen Benutzung der Gegend beſtimmt zu ſeyn ſcheine, wo dann der Grundſatz anerkannt wurde: oportet enim in hujus modi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine injuria utique accolarum (l. 1. §. 7. D. 43. 13. — Gewäſſer, (Flumen perenne) die in der Regel fortwährend ſtromweis fließen, ſchließen eben ihrer Natur nach den Eigenthumsbeſitz des Einzelnen aus.

[4]) Tit. 13. D. ne quid in flumine publico fiiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore astate fluxit. l. 1. §. 9. hoc Interdictum cuisvis ex populo competit.

Digitized by Google

dürfnisse entsprechenden Grundsätze dennoch möglichst gefunden hatten: so ging der Vortheil davon in Folge der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland für die Jurisprudenz größtentheils doch wieder verloren. Im Sinne der deutschen Ansicht gehörten nämlich zu den öffentlichen Flüssen nur die schiffbaren und flößbaren Flüsse, wodurch aber der Irrthum veranlaßt wurde, daß man die auf die Benutzung der öffentlichen Flüsse bezüglichen Vorschriften des römischen Rechts auf die schiff- und floßbaren Flüsse beschränkte, und alle übrigen Gewässer als römische Privatgewässer behandelte.[5]) Zwar entstand recht bald in Deutschland die Ansicht eines Wasserregals,[6]) insofern die Vorstellung vorkam, daß das Wasser des Reiches Straße sey, und in schiffbaren Flüssen die Reisenden Geleit und Schutz bedürften, und bei der Nützlichkeit dieses Schutzrechts verabsäumte man auch nicht, in den Weisthümern zu bestimmen, wem diese Rechte an den Flüssen zuständen, und die Landesherrn selbst verfügten häufig über die Flußnutzungen; allein der privatrechtlichen Seite wurde erst in der späteren Zeit einige Aufmerksamkeit zugewandt.[7]) Das Bestreben, ein

---

[5]) Hering tractatus de molendinis Q. 15. nr. 1. klagt nicht mit Unrecht: tot involucris, totque maeandris, juris interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt, ut vix adpareat, cui parti sit adhaerendum. Mittermaier l. c.

[6]) cf. II. feud. §. 6. Sachsenspiegel. II. 28.

[7]) Mittermaier deutsches Privatrecht §§. 279. 280. l. c. cf. z. B. Nassauische Wässerungsordnung im Weisthum III.

Wasserregal zu begründen, wurde auch schon durch das longobardische Lehnrecht und die später entstandene Ansicht begründet, das, was im römischen Rechte res publica war, zu den Rechten der Regenten zu zählen sey. — Aber auch selbst diese Erzielung und Erweiterug des Wasserregals hat zum Theil eine andere Wirkung gehabt, als man natürlicher Weise hätte voraus sehen sollen, indem, statt einer zu großen Beschränkung der Eigenthumswillkühr, hier und dort die gemeinsame Nutzungs-Möglichkeit der Adjazenten dadurch aufgeopfert ist. Diese Wendung der Sache beruhet besonders auf einer Verwechselung des Wasserpolizeigerichts mit dem oben gedachten Wasserregale, indem man, wie ersteres, so auch letzteres auf die öffentlichen Flüsse im Sinne des deut-

---

S. 191. — Verschiedene Clev-Märkische Verordnungen abgedruckt in Scottis Clev-Märkische Provinzialgesetze, Düsseldorf 1826. Bd. II. nr. 788. — Mylius Edicten-Sammlung Th. IV. Abth. II. Cap. 4. nr. 10. und 19. — Scotti p. 1025. 1026. und Mylius p. 20 cit. — Für das Münsterland besonders das Edikt vom 11. Mai 1771 nr. CVI., auch im Jahre 1774 in der Grafschaft Recklinghausen durch den Churfürst von Köln publicirt. Dieses Edict enthält so zweckmäßige Bestimmungen, daß auch in den benachbarten Rheda, Steinfurth, Gehmen und Anholt darnach verfahren wurde. — cf. ferner für die sämmtlichen damals Preuß. Westph. Provinzen das Edict vom 6. Juli 1773. Mylius nov. Corpus Const. Bd. V. p. 371. cf. insbesondere auch noch die in von Kamptz Prov. Rechte Bd. 2. §. 400. S. 301 S. 555. 672. allg. Verordnungen.

Digitized by Google

schen Rechts beschränkte, obwohl das Oberaufsichtsrecht des Regenten auch bei Privatflüssen vorkommt und mit der allgemeinen Landespolizei zusammen hängt.[8])

Mit dieser Verwechselung hängt insbesondere auch die Ansicht zusammen, daß die Einwirkung der Staatspolizei-Behörde auf Wasserbaue blos für die öffentlichen Flüsse, d. h. die von Natur schiff- und flößbaren, vorgeschrieben sey, weil die Erhaltung derselben in einem dem allgemeinen Gebrauche entsprechenden Zustande von unmittelbarem Interesse für den Staatszweck sey, und nur die Sicherstellung des unmittelbaren Staatsinteresse die Pflicht und das Recht der Staatspolizei seyn könne.

So dachten wenigstens die Römer nicht, indem sie alle, ihrer Natur nach der Benutzung Mehreren dienenden Gewässer, in den öffentlichen Schutz zogen.

Untersuchen wir jetzt, nach dieser kurzen Einleitung, als den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung folgende Fragen:

1. Welche Grundsätze stellt das Allg. L. R. über die Benutzung der Gewässer auf, und
2. wo, und in wie fern gestattet dasselbe dabei eine polizeiliche Einwirkung?

Ausgeschieden bleibt die Lehre von der Vorfluth und den Wasserservituten, wogegen als dritter Theil mehrere in diese Materie ergangenen Erkenntnisse mit speciellen Erläuterungen folgen werden.

---

8) Mittermaier l. c. §. 279. Märkische Wasserordnung von 1525.

Digitized by Google

§. 2.

Diese Rechtsmaterie konnte wohl nicht zerrissener und unzweckmäßiger behandelt werden, als es im Allg. L. R. geschehen ist. Dasselbe enthält nämlich hieher gehörige Bestimmungen:

1. im 8. Titel I. Th. §. 96. 102. unter den gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums zum Besten des gemeinen Wesens;
2. §. 102 — 188 ibid. unter den Einschränkungen des Eigenthums zum Besten des Nachbarn;
3. Tit. 9. §. 170 — 192. und Abschnitt IV. unter den Erwerbungsarten des Eigenthums (von der Fischerei), und von den An- und Zuwüchsen (Alluvionen), sodann
4. Th. II. Tit. 15. unter den Regalien §. 38—87. und §. 229 — 247.

Man sollte nun zunächst eine Definition und Eintheilung der verschiedenen Gewässer um so mehr erwarten, indem die speciellen Grundsätze nach der Verschiedenheit der Gewässer hauptsächlich zu bemessen sind, so wie die erste Frage bei Entscheidung eines hieher gehörigen Rechtsstreits ist: „Betrifft der Fall einen öffentlichen oder Privatfleiß?“ allein nach einer bestimmten Definition und Eintheilung der Gewässer sucht man darin vergebens, obwohl eine solche aus nachstehenden §§. leicht entnommen werden konnte:

1. §. 38. und 39. Th. 2. Tit. 15.

„Die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, gehören zu den Regalien des Staats.“

„Privatflüsse können zum Nachtheile der bis-

herigen Eigenthümer, in schiffbare Ströme nicht verwandelt werden."

2. §. 167. 185. 186. Th. I. Tit. 9.:

„Teiche, Hälter, Seen und andere geschlossene Gewässer, welche sich nicht über die Grenze des Grundstückes erstrecken in welchem sie liegen, sind in der Regel als das Eigenthum des Grundherrn anzusehen."

„Die Fischerei in Teichen und andern eingeschlossenen Privatgewässern, ist jeder Eigenthümer nach eigenem Gutfinden auszuüben berechtigt."

„In öffentlichen aber, so wie in nicht eingeschlossenen Privatgewässern, müssen, bei Ausübung derselben, die Vorschriften der Polizeigesetze wegen der Laichzeit, des verbotenen Fischerzeuges, und was sonst darin zur Verordnung der Fischerei verordnet ist, genau befolgt werden."

Die in diesen §§. enthaltene Unterscheidung der Privatgewässer beruhet in der Natur der Sache, und es ist nur Schade, daß sie nicht bestimmter hervorgehoben, insbesondere aber, daß die Grundsätze über die Benutzungsrechte derselben nicht nach Maaßgabe dieser Eintheilung festgesetzt worden sind. — Das Allg. L. R. unterscheidet hiernach also:

1. öffentliche Flüsse im engeren Sinne, d. h. solche die von Natur schiffbar sind;
2. gemeinschaftliche Flüsse, flumina communia, (nicht eingeschlossene Privatgewässer) und
3. Privatflüsse im engeren Verstande (geschlossene Gewässer).

Digitized by Google

Diese letztere Art der Gewässer befindet sich dergestalt im völligen und alleinigen Eigenthume eines Privatmanns, daß dieser sie uneingeschränkt benutzen und ableiten, und überhanpt damit nach freier Willkühr schalten und walten kann, ohne auf das Interesse eines Andern Rücksicht zu nehmen.[9])

Anders verhält es sich aber mit der zweiten Gattung der Privatgewässer, nämlich mit den sogenannten gemeinschaftlichen Flüssen; aber grade hinsichtlich der Eigenthums und Nutzungsverhältnisse dieser sind die Gesetze am dunkelsten und unvollständigsten; so wie auch die Findung des Rechtsgrundsatzes bei Entscheidung darüber entstehender Rechtsstreitigkeiten die meisten Schwierigkeiten macht. — Bei solchen Streitigkeiten entsteht zunächst die, den Ausgang des Prozesses entscheidende, Frage:

ob in Rücksicht solcher Gewässer ein Miteigenthum,

---

[9]) Diese geschlossenen Gewässer sind auch juris privati nach römischem Rechte, sie bilden ein Accessorium der Grundstücke, die sie bewässern, bei ihnen fehlt es nicht an demjenigen, wodurch eine Sache des Eigenthums fähig wird, nämlich an der Möglichkeit, Andere davon auszuschließen, sie können daher im Eigenthume des Einzelnen seyn, gleichwie die nicht eingeschlossenen Gewässer, die unaufhaltsam den von Natur ihnen angewiesenen Lauf verfolgen, uud sich nicht einschließen lassen, quia perpetuam causam fluendi in sich haben, nur im Eigenthume des Staats, oder aller Adjazenten seyen können. Hierin liegt auch der eigentliche Grund, weshalb der Jurist sagt: publicum flumen esse, quod perenne sit. Aus dem letzteren Grunde gehören unter diese flumina privat. communia nicht die s. g. Quell-, Weg-, Dorf- und Stadtwasser.

Digitized by Google

oder Mitbenutzungsrecht aller derjenigen anzunehmen sey, welche dieses hergebracht haben, oder durch deren Grundstücke das Wasser fließt, oder ob dieselben sich im ausschließlichen Eigenthume des Privatmannes, dessen Grundstücke sie berühren dergestalt befinden, daß derselbe das vorbeifließende Wasser von seinem anstoßenden Eigenthume aus willkührlich benutzen könne, ohne sich um den Mitgebrauch des ober- oder unterhalb liegenden Adjazenten zu bekümmern?

Eben diese Frage ist auch schon unter den gemeinrechtlichen Juristen sehr kontrovers;[10]) die aus der Sache

---

[10]) Der hier angenommenen Ansicht sind Bülow und Hagemann Bd. I. S. 47 seq. IV. S. 12. VI. S. 85. und die von Mittermaier §. 280. Not. 9—12. angeführten Schriftsteller. — Namentlich auch Estor Bürgerl. Rechtsgel. d. D. Kap. 60. §. 2384. — v. Kreitmaier Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 1. §. 5 nr. 4. — Hommel Rhaps. Quaest. Vol. I. obs. 231. nr. 4. — Struben rechtl. Bedenken Bd. 2. ur. 88. — Eichhorn Einleitung ins deutsche P. Recht §. 268. — Gründlers Polemik loc. cit. §. 439. 440. — Runde deutsch. Priv. Recht §. 111. — Abweichender Meinung mit verschiedenen Modifikationen sind: Mevius P. 4. dec. 39. der daselbst sagt: Licet superiori domino aquam retinere et in suos usus insumere vel etiam alias in fundum suum avertere, etsi inde damnum sentiat inferius molendinum, cujus domino nihil juris est in illam aquam, quam superior praeoccupavit. Ex quo propria ejus fit et arbitrii sui, quomodo aqua tamquam sua uti velit. Fritsch jus fluviat p. 1059. — Leyser jus Georg. l 3. 14 ur. 17. — v. Cancrin Wasser-

entnommenen Gründe der für die erste Alternative sich entscheidenden Rechtslehrer scheinen aber so überzeugend und durchgreifend, daß diese Kontroverse schwerlich würde Eingang haben finden können, wenn sich nicht die schon oben erwähnte falsche Ansicht, daß die im Corpus juris hinsichtlich der dort gemeinten flumina privata vorkommenden Bestimmungen auch auf die Privatflüsse im Sinne des deutschen Rechts anzuwenden seyn, unter den Juristen des gemeinen Rechts gebildet hätte. — Das Allg. L. R. hat nun zwar über diese Frage sich nicht ausdrücklich entschieden, mithin die Lösung derselben der Doctrin überlassen, die aber wohl kein gegründetes Bedenken tragen darf, sich für ein gemeinschaftliches Mitbenutzungsrecht aller Adjazenten an solchen Gewässern zu entscheiden. — Denn das Allg. L. R. unterscheidet:

1. im Tit. 9. Th I. §. 176—192. diese Privatflüsse (ungeschlossenen Gewässer) ausdrücklich von den geschlossenen Gewässern, und sagt wörtlich in den §§. 176. und 177., daß die letzten in der Regel als Eigenthum des Grundherrn anzusehen, innerhalb dessen Grundstücke sie liegen, und diesem daher auch die Fische gehörten, womit der §. 185. in Verbindung steht:

   „Die Fischerei in Teichen und eingeschlossenen Privatgewässern, ist jeder Eigenthümer nach eigenem Gutfinden auszuüben berechtigt.“

---

recht 2. S. 152—158. — Stryck de jure ponticum l. 2. ur. 32. — Gesterding in dem Archiv der civilist. Praxis Th. 3. l. c.

Digitized by Google

Bei diesen Gewässern sind die Polizeigesetze bei Ausübung der Fischerei ausgeschlossen und zwar aus dem Grunde, weil sie privatives Eigenthum sind.[11]) — Anders verhält es sich aber bei den nicht geschlossenen Privatgewässern, hinsichtlich welcher in dieser Hinsicht dieselben Grundsätze gelten, als bei den öffentlichen Flüssen, was unverkennbar darauf hinweiset, daß man bei diesen Gewässern ein Mitbenutzungsrecht aller Adjazenten (die Fischerei ist eine Art der Benutzung) anerkennt, welches so

---

11) Denn nur der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien, wenn daher das Allg. L. R. dennoch hinsichtlich der Fischerei in den nicht eingeschlossenen Privatgewässern Polizei-Vorschriften giebt: so haben diese ihren Grund nicht in der Regalität, sondern in dem gemeinschaftlichen Mitbenutzungsrechte aller Uferbewohner an den Nutzungen solcher Gewässer. Jedem Miteigenthümer steht zwar das Recht zu den Fluß, so weit er seine Besitzung bespült, zu befischen, er muß sich aber denjenigen Einschränkungen unterwerfen, die nothwendig sind, daß auch das Recht der übrigen Adjazenten dabei bestehen bleibt. — Mit der Entstehung des Fischereiregals hat es dieselbe Bewandtniß als mit dem Jagdregal, früher wurde die Fischerei als Zubehör der Grundstücke angesehen. Sogar auf den öffentlichen Flüssen z. B. auf der Ruhr (dipl. a 795. bei Leibnitz script. rer. Brunsw. Tom I. p. 103.) auf dem Rhein (dipl. a 983. Otto II. bei Guden Cod. dipl Tom. I. p. 13.) gehörte die Fischerei den angränzenden Ländern. — Wegen des Nähern cf. Gründler's Polemik cit. §. 454.

Digitized by Google

ausgeübt werden müsse, daß die gemeinsame Nutzungs-Möglichkeit Aller bestehen bleibt.

Noch deutlicher ist ein solches gemeinschaftliches Benutzungsrecht an den Gewässern dieser Art anerkannt:

2. in den §§. 99. 100. Tit. 8. cit.:

„Auch in Privatflüssen darf, zum Nachtheile der Nachbarn und Uferbewohner, durch Hemmung des Ablaufs derselben, nichts unternommen, oder geändert werden."

„Vielmehr ist der Regel nach ein Jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle, wodurch das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat, zu unterhalten verbunden."

Der §. 99. ist ein Ausfluß des Grundsatzes der gemeinsamen Nutzungsberechtigung sämmtlicher Adjazenten. Es wird dadurch bestimmt:

1. daß auch in Privatflüssen Niemand von seinem Eigenthume aus, den natürlichen Wasserlauf zum Nachtheil der Nachbarn und Uferbewohner ändern darf, ja er soll sogar gemäß des §. 100.:

2. wenn Verbindungsgräben, oder Kanäle vorhanden sind, wodurch das Wasser seinen gewöhnlichen und ordentlichen Ablauf hat, diese zu unterhalten verbunden seyn.[12])

---

[12]) Wenn diese beiden §§. auch unter dem Rubro: Einschränkungen des Eigenthums zum Besten des gemeinen Wesens vorkommen (sie gehören eigentlich schon zu dem folgenden Rubrum: zum Besten des Nachbarn), so liegt

Digitized by Google

Dieſes leuchtet ein, wenn man den §. 97., worauf ſich dieſe §§. beziehen, damit vergleicht:

„Beſonders darf Niemand an öffentlichen Flüſſen, wenngleich auf ſeinem Eigenthume, Schleußen, Wehre, Dämme und Brücken anlegen, ohne daß zuvor die Nachbarn vernommen, und die Einwilligung des Staats beigebracht worden.“

Eben daſſelbe was dieſer §. beſtimmt, hat, mit Ausnahme des Regalitäts-Geſichtspunkts und der deshalb außer der Zuſtimmung der Nachbarn, vorgeſchriebenen

---

es doch klar am Tage, daß ſich dieſes nicht auf das Eigenthum des Fluſſes bezieht, man mithin daraus keineswegs die Folgerung ziehen kann, daß der Adjazent indirect durch jene Stelle als Eigenthümer des Fluſſes anerkannt werde. Dieſes ergiebt ſchon eine Vergleichung des §. 97., wo der Adjazent nicht Eigenthümer des Flußtheiles iſt. Deshalb enthält auch eigentlich der §. 100. hier die Eigenthums-Beſchränkung und Belaſtung. — Ueberhaupt iſt hier der Satz anerkannt, daß der ordentliche und gewöhnliche Ablauf des Waſſers (alſo dasjenige was den eigentlichen Fluß ausmacht) der einſeitigen Dispoſition des Adjazenten entzogen iſt, und in ſo weit ſogar die deſſen privativem Eigenthume unterworfenen adhärirenden Theile (z. B. die Ufer dienſtbar ſeyn ſollen. — Wenn aber hier ein freier Eigenthümer vorausgeſetzt würde, ſo müßte es ihm auch erlaubt ſeyn, das Waſſer auf ſeinem Grundſtücke zu ſtauen und dadurch zu verhindern, daß das Grundſtück des Nachbars bewäſſert werde, wie z. B. in Fällen der l. 12. D. de aqua et aquae pluv. arcendae und l. 12. Cod de serv. et aqua cf. auch Gründler's Polemik cit. §. 440.

Einwilligung des Staats, in den §§. 90. und 100. auch in Betreff der Privatflüsse, so weit das Interesse der Nachbarn und Uferbewohner in Betracht kommt, gesagt werden sollen.

Am unverkennbarsten liegt aber die Annahme eines gemeinsamen Benutzungsrechts an solchen Privatgewässern

3. der Lehre von der Erwerbung der An- und Zuwüchse im IV. Abschnitte Tit. 9. Allg. L. R. zum Grunde. — Der Grundeigenthümer kann nur über dasjenige disponiren, was unbezweifelt zu dem Grundstücke gehört, und sich wirklich in dem ausschließlichen Eigenthume des Besitzers befindet. Der Adjazent würde daher nur alsdann ein ausschließliches Eigenthum über den vorbeifließenden Fluß sich aneignen können, wenn derselbe durch die Berührung des Grundstücks ein Theil des letztern würde. Es würde alsdann ihm aber nicht blos das Eigenthum am Ufer und ein Mitbenutzungsrecht des Wassers, sondern die ganze Wassermasse, und das Flußbett als Eigenthum gehören. Dieses würde aber der Natur der Sache ganz entgegen seyn, und auch den Begriff eines Flusses aufheben. Denn darunter versteht man die ganze Wassermasse, welche innerhalb der angewiesenen Ufer fließt, nicht aber ein Aggregat von Theilen nach Verhältniß der Ufertheile.[13])

---

[13]) l. 1. §. 11. D. 43. 12. In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat: nam si quid extra factum sit, non est in flumine factum.

Digitized by Google

Wenn nun aber grade diese Wassermasse es ist, worauf es ankommt, so läßt ein ausschließliches Eigenthum des Adjazenten daran sich schon aus dem Grunde nicht annehmen, weil dieselbe ein Ganzes, eine Einheit, bildet, an dessen Theile ein Besitz nicht denkbar ist, indem diese sich mit jedem Augenblicke verändern.[14]) — Es läßt sich mithin nur ein Eigenthum und ein Besitz an der ganzen Wassermasse annehmen, und dieser ist nur in der Gesammtheit sämmtlicher Adjazenten, durch ihre Grundstücke vermittelt, möglich. — So lange daher der Fluß besteht, ist selbst an dem Flußbette kein privatives Eigenthum, wie bei den eingeschlossenen Gewässern, denkbar; und nur die Ufer sind das privative Eigenthum der Adjazenten, und wenn der Uferbewohner von dort aus mit Ausschluß Anderer über die vorbeifließende Wassermasse verfügt: so hat dieses seinen Grund darin, daß eine solche Benutzung einem nicht Adjazenten ohne Berührung fremden Eigenthums nicht möglich ist.[15]) —

---

[14]) Dieser Umstand ist auch wohl ins Auge zu fassen bei der Abtheilung des Allg. L. R. in Privatflüsse im engeren Sinne und in flumina priv. communia je nachdem sie eingeschlossene, oder nicht eingeschlossene Gewässer sind, um unter die Cathegorie der letzteren nicht wilde, oder überhaupt solche Gewässer zu subsummiren, welche perpetuam causam fluendi nicht in sich tragen, überhaupt ihrer Natur nach sich zu der erwähnten Selbstständigkeit nicht erhoben haben. Hier muß allerdings in einzelnen zweifelhaften Fällen, außer jener Eigenschaft, die opinio accolentium hauptsächlich in Betracht kommen.

[15]) cf. Gründler's Polemik §. 454 b.

Digitized by Google

Grade so sieht das Allg. L. R. die Sache an, wenn es §. 245. 246. loc. cit. verordnet, daß das Eigenthum der in Privatflüssen entstehenden Inseln erst durch die wirkliche Besitznehmung erworben werde, das Recht sich dieselben anzueignen, aber den zunächst liegenden Adjazenten zustehe. — Denn, wenn der Eigenthümer des Grundstückes auch alleiniger Eigenthümer des vorbeifließenden Flußtheiles mit Wassermasse und Flußbett wäre, so könnte die Erwerbung der darin entstandenen Insel eben so wenig von der Besitzergreifung noch abhängig gemacht werden, als dieselbe zur Erwerbung einer in einem geschlossenen Privatflusse entstandenen Insel erforderlich seyn würde. Noch deutlicher ist dieser Grundsatz aber anerkannt durch den §. 262 loc. cit:

„Eine gleiche Entschädigung muß denselben von den Flußnachbarn in allen Fällen zugetheilt werden, wenn der Staat dergleichen Durchstiche oder Wegräumungen zu ihrem Besten und Vortheile auf ihren Antrag veranlaßt.“ [16])

Vorher ist nämlich verordnet, daß der Staat, wenn er Wegräumungen in einem Privatflusse veranlaßt, um ihn schiffbar zu machen, die darunter leidenden Besitzer der Alluvionen und Inseln zu entschädigen habe.

Dieser §. 262. setzt nun aber offenbar nicht blos die Annahme eines gemeinschaftlichen Eigenthums aller

---

[16]) Dieser §. ist besonders wichtig bei Erörterung der Frage; ob und in wie fern das Allg. L. R. auch in Beziehung auf die Privatflüsse eine polizeiliche Einwirkung gestatte?

Digitized by Google

Uferbewohner an den Privatflüssen voraus, sondern enthält auch die Anerkennung des Grundsatzes, daß in Kollisionsfällen die Nutzungs-Möglichkeit aller Uferbewohner hauptsächlich zu berücksichtigen sey. — Dieses erhellet, wenn man erwägt:

1. daß ein solcher Antrag der Uferbewohner durch keine anderen Gründe motivirt zu seyn braucht, als durch ihre Eigenschaft als Uferbewohner, und den Nachweis, daß derselbe zu ihrem Vortheile in der Benutzung des Wassers oder Abwendung von Schaden abzwecke. — Denn stände ihnen ein anderweitiger specieller Rechtsgrund zur Seite, so könnte ihnen die vollständige Entschädigung nicht abgefordert werden. Würde dabei aber

2. die Annahme eines gemeinschaftlichen Benutzungsrechts aller Uferbewohner, abgesehen von dem Bereiche des anliegenden Eigenthums, nicht vorausgesetzt, so wäre des bloßen Vortheils der Uferbewohner halber die Vorschrift nicht erlassen worden. Denn nur in diesem gemeinsamen Benutzungsrechte kann der rechtliche Grund für die Zulässigkeit eines solchen Antrags gefunden werden.[17])

---

[17]) Um sich von der Richtigkeit dieser Argumentation noch mehr zu überzeugen, braucht man einen solchen Antrag nur mit einer gehörig substantiirten Klage zu vergleichen, indem der Vordersatz (major) derselben nur in der Bezugnahme auf das allen Uferbewohnern zustehende Mitbenutzungsrecht, als dem Klagfundamente, enthalten seyn könnte.

Digitized by Google

Man sieht hieraus, so wie aus allen einschlägigen Stellen, daß die Redaktoren des Allg. L. Rechts bei dieser Materie überall, wenn auch nicht zur klaren Bestimmung gebracht, doch der in der Natur der Sache liegende Grundgedanke vorgeschwebt hat, daß den Uferbewohnern an Flüssen dieser Art als solchen das Recht zustehe, darauf zu halten, daß der natürliche Fluß des Wassers seinen Lauf behalte, und daß spätere Zustände, selbst wenn sie z. B. in Folge von Alluvionen, privatiges Eigenthum bewirkt, diesem weichen müßten. — Es wäre aber auch ganz gegen die Natur der Sache, so wie von den nachtheiligsten Folgen für Gewerke und Agrikultur, daß ein fließendes Wasser, welches vielleicht ganzen Ortschaften unumgänglich nothwendig wird, und welches die Natur durch den demselben angewiesenen Lauf zum Nutzen einer Menge von Menschen bestimmt hat, durch den zufälligen Umstand in das ausschließliche Eigenthum eines Einzigen kommen soll, weil dasselbe in seinem Laufe auf eine kurze Strecke den Grund und Boden dieses Einzigen berührt.[18])

Als Resultat dieser Untersuchung gelangen wir daher zu folgenden im Allg. L. R. anerkannten Grundsätze des Wasserrechts.

1.

Alle nicht eingeschlossene selbstständige Gewässer, d. h. solche, die innerhalb eines bestimmten Flußbettes durch die Grundstücke mehrerer Personen ihren Lauf nehmen,

---

[18]) cf. v. Bülow und Hagemanns Erörterungen l. c. Dieses erkennt selbst v. Cancrin in der Abhandlung

befinden sich in der Regel [19]) in dem Miteigenthum, oder doch Mitbenutzungsrechte sämmtlicher Uferbewohner.

2.

Jeder Uferbewohner kann das vorbeifließende Wasser von seinem Besitzthume aus zu seinem Vortheil nach Belieben brauchen, so weit es sein Eigenthum durchströmt, er darf jedoch den natürlichen Flußlauf nicht ändern, muß vielmehr dafür sorgen, daß es da, wo es seinen Grund verläßt, seinen gewöhnlichen Lauf wieder erhalte.

3.

Aber auch selbst bei dem Vorhandenseyn der Bedingungen des §. 2. darf der Uferbewohner sich nur einen vernünftigen Gebrauch des Wassers aneignen,

---

von dem Wasserrechte §. 108. an, indem er hier seine gegen die Annahme des Miteigenthums gehende Meinung einlenkend sagt: „so gehören doch viele Bäche zu dem Eigenthume des gemeinen Wesens, besonders die, welche nicht in einem geschlossenen Gute liegen, sondern von dem Grundstücke des Einen zu dem Andern fortfließen."

19) Die im gemeinen Rechte hauptsächlich kontroverse Unterscheidung zwischen Fluß und Bach nach l. 1. D. 43. 12. hat hiernach für den Preuß. Juristen ihre Wichtigkeit meistens verloren, indem das Allg. L. R. den Unterschied darin setzt: ob die Gewässer eingeschlossen, oder nicht eingeschlossen sind. Im Uebrigen werden durch Verjährung oder Vertrag begründete Ausnahmen durch diesen Satz keineswegs ausgeschlossen.

Digitized by Google

keineswegs aber blos aus Chikane zum Nachtheil der Adjazenten darüber disponiren.[20])

4.

Jedem Uferbewohner als solchem steht die Befugniß zu, sobald er sein Interesse nachweiset, darauf anzutragen, daß unter den Eigenthümern, denen ein solches Wasser nutzen kann, der Gebrauch desselben so regulirt werde, daß kein wesentlicher Nachtheil für den Andern daraus erwachse und die Nutzungs-Möglichkeit Aller erzielt werde.[21])

5.

Die Theilnehmungsrechte eines jeden Anwohners werden außer durch die Eigenschaft als Uferbesitzer zunächst durch den Besitzstand bestimmt.

6.

In Kollisionsfällen sind die Verhältnisse hauptsächlich nach den Vorschriften vom gemeinschaftlichen Eigenthume im Titel 17. Abschnite 1. des Allg. L. R. zu reguliren.

7.

Die Nutzungsrechte derjenigen, die nicht Adjazenten sind, müssen in der Regel nach den Grundsätzen von Servituten behandelt werden.[22])

---

20) Gründler's Polemik §. 440.

21) Ob mit, oder ohne Entschädigung muß nach der Eigenthümlichkeit des besondern Falls mit Rücksicht auf den §. 262. Thl. 1. Tit. 9. beurtheilt werden.

22) Sehr zweckmäßig und der Natur der Sache entsprechend sind auch die Bestimmungen des Cod. Napoleon hierüber:

Digitized by Google

Wenn wir nun gesehen haben, daß die Annahme eines solchen gemeinsamen Mitbenutzungsrechts aller Uferbewohner an den Gewässern dieser Art der Natur der Sache entspricht, von dem practischen Bedürfnisse gefordert wird, und durchaus nothwendig ist, indem, wenn man

---

Art. 644.:

„Wer ein Eigenthum hat, das an ein fließendes Wasser anstößt, kann dasselbe da, wo es vorbeifließt, benutzen zur Bewässerung seiner Besitzungen. Ausgenommen sind hiervon jene fließenden Wasser, welche zufolge des Art. 538. zum Staats-Eigenthum gehören (alle schiffbaren oder flößbaren Ströme und Flüsse). Der Eigenthümer kann sogar, wenn das Wasser über sein Erbe fließt, dasselbe nach Belieben brauchen, so weit es sein Erbe durchströmt: nur muß er sorgen, daß es da, wo es seinen Grund verläßt, seinen gewöhnlichen Lauf wieder erhalte."

Art. 645.:

„Wenn unter den Eigenthümern, denen ein solches Wasser nutzen kann, Streit entsteht; so haben die Gerichte bei Entscheidung desselben dahin zu sehen, daß beides vereinigt werde, das Interesse des Ackerbaues und die Achtung, die dem Eigenthume gebührt. In allen Fällen aber sind die besondern und örtlichen Verordnungen über den Lauf und Gebrauch des Wassers zu beobachten."

Der Grundgedanke dieser Materie, insbesondere aber das practische Bedürfniß ist bei dem Art. 645. so richtig aufgefaßt, daß jeder durch practische Erfahrung mit dieser Materie bekannte Jurist, einer jeden Gesetzgebung diese Bestimmung nur anwünschen kann.

Digitized by Google

das Gegentheil annehmen wollte, der Untenliegende jeder Chikane des Oberliegenden ausgesetzt seyn würde: so glauben wir aber auch genügend nachgewiesen zu haben, daß das Allg. L. R. dieser der Natur der Sache entsprechenden Ansicht um so weniger abhold ist, indem dasselbe vielmehr in den mit dieser Materie in Verbindungen stehenden speciellen Bestimmungen sich unverkennbar dazu hinneigt. Mehr wollten wir im gegenwärtigen Theile dieser Abhandlung darzuthun nicht versuchen, und werden im dritten, dem hauptsächlich practischen, Theile derselben Gelegenheit finden, unter Vorlegung einzelner Rechtssprüche, einzelne noch etwa vorkommende Zweifelsgründe speciell zu erörtern, so wie auch die Applikation der gefundenen Grundsätze auf die gewöhnlich vorkommenden practischen Fragen zu zeigen. Wir glauben daher die gegenwärtige Erörterung nicht besser schließen zu können, als mit einer wörtlichen Anführung des §. 15. des dritten Westph. Prov. Landtags-Abschiedes:

„Der Antrag unserer getreuen Stände, daß durch eine besondere gesetzliche Bestimmung die Verpflichtung der Anwohner nicht schiff- oder flößbarer Flüsse, für den ungestörten Abfluß des Wassers in denselben zu sorgen, ausgesprochen werde, beruhet auf der Voraussetzung, daß diese Verpflichtung nicht bereits durch die bestehende Gesetzgebung begründet werde. Da dieses indessen wirklich der Fall ist, indem der §. 99. Tit. 8. Thl. I. Allg. L. R. das Verbot enthält, in Privatflüssen zum Nachtheil der Nachbarn Uferbewohner durch Hemmung des Ablaufs derselben

irgend etwas zu unternehmen, oder zu verändern, und der §. 10. des Gesetzes wegen Verschaffung der Vorfluth vom 15. November 1811 mit dem allgemeinen Ausdruck eines Wasserabzugs, ohne Zweifel auch die Privatflüsse bezeichnet, so findet hierdurch der Antrag unserer getreuen Stände, welche wir übrigens auf den Landtags-Abschied vom 31. Decbr. 1829 [23]) verweisen, seine Erledigung."

(Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)

---

[23]) §. 19. des Landt. Absch. vom 31. December 1829: „Wir haben uns nicht überzeugen können, daß ... die kleinen nicht schiffbaren Flüsse sich nach der bestehenden Gesetzgebung in einem gesetzlosen Zustande befinden, indem die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen den Anwohnern solcher kleinen Flüsse und Gewässer, gegen schädliche Handlungen Einzelner, wodurch der Lauf der Flüsse gehemmt, oder nachtheilige Veränderungen darin veranlaßt werden können, hinreichenden Schutz gewähren, und nach diesen Vorschriften die Polizeibehörden, auf Antrag der Beschädigten, oder mit Schaden bedrohten Interessenten, so befugt, als verpflichtet sind, Vorkehrungen zur Abwendung eines wahrscheinlichen Schadens zu treffen."

Digitized by Google

XXXIX.

Ueber die Erbfolge nach den Statutarrechten der Grafschaft Recklinghausen. Als Beitrag zur Erläuterung der Kurkölnischen Rechts-Ordnung.

Von

Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor **Idelt** in Dorsten.

(Beschluß.)

II. Stellung der Gläubiger.

Da die Rechte der Gläubiger als wohl erworben gegen die Gemeinschaft, wenn nicht sogar gegen die Personen selbst betrachtet werden müssen, und daher durch die Trennung nicht geschmälert werden dürfen, so fragt es sich, wie überhaupt die Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Erbrechts in allen Fällen aufrecht zu erhalten ist, wenn man die Eltern nnd Kinder verschiedener Ehe in das Verhältniß von Erben eines verstorbenen Schuldners versetzt. Gelten hier die Grundsätze des gemeinen Rechts oder wie werden diese durch das Provinzial-Recht modifizirt? Trennt man die Fälle, wie sie bei dieser Frage zur Sprache kommen können, so

Digitized by Google

würde sich von Gemeinschaftlichkeit der Schulden ausgegangen, nachstehende Ansicht entwickeln lassen:

A. Es handelt sich von eingebrachten Schulden des überlebenden Ehegatten, welcher in zweiter Ehe lebte und in beiden Ehen Kinder erzielte.

Ist die Schuld zu

1) Mobilarschuld zu rechnen, so fällt sie dem überlebenden Ehegatten zur Last, welcher sie in die zweite Ehe herübernimmt. Ist er auch in dieser zweiten Ehe letzlebender, so erbeu die Kinder beider Ehen den Mobilar-Nachlaß, mithin fällt auch mit Recht die Mobilarschuld ihnen zur Last. Stirbt er in zweiter Ehe zuerst, so überkommt seine Wittwe zweiter Ehe die Mobilien, hat mithin auch die Mobilarschuld zu tragen; indessen war der Verstorbene parens für die Schuld mit haftbar; die Kinder erster Ehe sind Erben dieses parens geworden, indem sie seinen nicht zur Gütermasse gehörigen Nachlaß erbten, und demnach müssen sie auch dem Gläubiger gerecht werden.

Es hatte aber ferner der überlebende Ehegatte, dem die Mobilarschuld zur Last fiel, dieselbe mit in die zweite Ehe herüber genommen. Da nun die Kinder dieser Ehe den gemeinschaftlichen parens beerben, so werden auch sie dem Gläubiger haftbar. Indessen nahm bei der Gemeinschaftlichkeit der Schulden selbst die zweite Ehefrau, wenn sie sich anderweitig verehelichte, auch die Mobliarschuld ihres ersten Ehemannes in ihre zweite Ehe, und hinterläßt demnach Kinder mit der Haftbarkeit für die

Schulden, wenn diese in das universum jus der Mutter sukzediren. Auf diese Art würden demnach Kinder dritter Ehe für die eingebrachten Schulden eines Mannes haftbar werden, mit dem sie sonst in gar keinem Rechtsverhältnisse stehen.

2) Gehört die Schuld zu den Immobilarschulden, so fällt sie dem Ueberlebenden zur Last, weil er sie in die Ehe brachte, sie vererbt aber, wenn er in zweiter Ehe zuerst stirbt, auf die Kinder erster und zweiter Ehe, weil diese seinen Nachlaß erben.

In Rücksicht der Gläubiger aber war schon die erste Ehefrau für die eingebrachten Schulden des Ehemannes mit haftbar und übertrug diese Haftbarkeit auf die Kinder erster Ehe als ihre Erben. Die Gläubiger erlangen daher das Recht, schon zu Lebzeiten des überlebenden Vaters die Kinder erster Ehe in Anspruch zu nehmen.

Auch die zweite Ehefrau nahm Theil an dieser Haftbarkeit, übertrug dieselbe in ihre zweite Ehe, und überließ sie demnach auch den Kindern ihrer fernern Ehe, wenn hier überall eine successio in universum jus statt findet.

B. Die Schuld ist während erster Ehe kontrahirt.

1) Gehört sie zu den Mobilarschulden, so gestalten sich die Verhältnisse wie ad A., wo dem Ueberlebenden sämmtliche Moblilarschuld zur Last fällt.

2) Ist die Schuld zu den Immobilarschulden zu rechnen, so fällt sie den Kindern erster Ehe zur Last.

In Rücksicht des Gläubigers aber blieb der überlebende Ehegatte doch immer haftbar; diese Haft-

Digitized by Google

barkeit übertrug er in die zweite Ehe, und vererbte sie demnach auch auf seine Kinder zweiter Ehe, und so würden demnach auch die Kinder zweiter Ehe für die während der ersten Ehe kontrahirten Immobilarschulden haftbar seyn; aber auch selbst das Vermögen der zweiten Ehegattin haftet für die Schuld ihres Ehemannes; diese Haftbarkeit nimmt sie in die folgende Ehe und vererbt sie wieder auf die Kinder dieser Ehe.

C. Die Schuld rührt aus einer Erbschaft her, welche dem einem der Ehegatten zufiel.

Auch hier gestalten sich die Verhältnisse wie ad A, wenn man von dem Grundsatze ausgeht, daß auch die Schulden einer Erbschaft gemein werden.

Vergegenwärtigen wir nun, um für diese verschiedenen Fälle ein leitendes Prinzip zu gewinnen, uns die Vorschriften unseres Statuts, so finden wir, daß das letztere drei Hauptmassen anerkennt:

1) Mobilarmasse;
2) Immobilar-Errungenschaft;
3) Illata et Delata immobilia.

Jeder dieser Massen werden besondere Schulden überwiesen.

Der überlebende Ehegatte erhält die Mobilarmasse, muß dagegen die Mobilarschulden zahlen. Der Immobilar-Errungenschaft folgen die Immobilarschulden der Ehe, während die eingebrachte oder ererbte Immobilarmasse für die eingebrachten oder ererbten Immobilarschulden haftet.

Würde nun jede Masse zur Deckung der überwiesenen Schulden hinreichen, und würde ferner jeder

Gläubiger verpflichtet seyn, sich an die bestimmte Masse zu halten, so würde die Sache keine Schwierigkeit haben; allein das erstere ist nicht immer der Fall, und für das zweite findet sich im Statute keine spezielle Bestimmung, und so erhebt sich nothwendig die Frage:

Ist der Gläubiger gehalten, sich nur an die bestimmte Masse zu halten, und wohin kann er zurückgreifen, wenn die Masse nicht hinreicht?

In Ansehung dieser Fragen wirft sich von selbst die Vorfrage auf:

Sind alle Schulden gemeinschaftlich, oder welche von ihnen sind als einseitige eines Ehegatten zu betrachten, und haftet ferner für die gemeinschaftlichen Schulden nur die Massa?

Hier findet sich indessen, daß sämmtliche Schulden gemeinschaftlich werden. Das Statut stellt alle Mobilarschuld, sie mag herrühren, woher sie will, dem Ueberlebenden zur Last und sogar mit der Strenge, daß er sich der Zahlung nicht einmal durch Verzicht auf die Fahrniß entziehen kann *) Es ist ferner allgemein in praxi anerkannt, daß für alle Schulden des Mannes das Vermögen der Frau und deren Person angegangen werden kann, und so haben wir demnach eigentlich gar keine solche Schulden, welche in Rücksicht des Gläubigers als einseitige Schulden eines Ehegatten angesehen werden können. Die Idee welche Hasse in dem Werke über die eheliche Gütergemeinschaft §. 53. aufstellt, daß,

*) Rechts-Ordnung Tit. VIII. §. 5. und die Erläuterungen.

wenn ein negatives Vermögen vorhanden, welches der mystischen Person zusteht, die Individuen gar nicht haften; letztere demnach zu nichts weiterm gehalten sind, als das herauszugeben, was sie von der gemeinsamen Masse besitzen, hat unserm Statute nicht vorgeschwebt. Der Gesetzgeber betrachtet den Ehegatten als Mitschuldner.

Es ist ferner bekannt, daß im Kurkölnischen, wie Korrens in der Abhandlung über den vorzüglichen Unterschied zwischen den ehemaligen Landrechten Seite 91 bestätigt, ein Gläubiger wegen jeder Schuld mittelst Nachsuchung des pignoris praetorii (vide v. Kamptz Jahrbücher XXX. Seite 22.) sich nicht blos an jedes Vermögensstück der Eheleute halten, sondern selbst invito debitore gerichtliche Hypothek an dem Vermögen der Eheleute sich verschaffen konnte. Eben so bezeugt Korrens l. c. Seite 68., daß, wenn die Mobilarschaft zur Bezahlung der in die Ehe gemachten Schulden nicht hinreichte, in subsidium die beiderseitigen Immobilien angegriffen werden könnten. Es ist demnach gewiß, daß

1) sämmtliche Mobilarschulden, sie mochten vor oder während der Ehe und zwar auch einseitig von dem Ehemann kontrahirt seyn, gemeinschaftlich wurden. Korrens S. 171. und die in Gilgens Handbuche mitgetheilten Gutachten der Gerichte, welche vor Erlaß der Erläuterungen zur Rechts-Ordnung eingezogen wurden.
2) Auch die während der Ehe kontrahirten Immobilarschulden wurden nach dem einstimmigen Zeugnisse, was sich in dem angezogenen Gutachten ausspricht, gemeinrechtlich.

Digitized by Google

3) Nur in Ansehung der eingebrachten Immobilarschulden des andern Ehegatten wird dies in den angezogenen Gutachten jedoch blos Seitens des weltlichen Hofgerichts in Köln in Zweifel gezogen. Indessen sprach sich auch in Rücksicht dieser die Praxis dafür aus, daß dem Gläubiger das zustand, über das eingebrachte Immobilar-Vermögen des einen Ehegatten hinaus, sich an die Person und das Vermögen des andern zu halten. Um nun Einigung mit den gemeinrechtlichen Prinzipien zu erhalten, so kommt zunächst in Betracht, daß, weil der Ueberlebende seine Illata immobilia zurück nimmt, sich beim Absterben eines Ehegatten zwei Hauptmassen zeigen, nämlich

a) die der Gemeinschaft unterworfene Masse,

b) das eingebrachte und vererbte Immobilar-Vermögen des Verstorbenen.

Der ad b gedachte Vermögens-Antheil vererbt immer nach den Regeln der gewöhnlichen Intestat-Sukzession, und ist daher auch als eigentlicher Nachlaß zu behandeln. Die Rechts-Ordnung Tit. II. §. 1. A. 2. bezeichnet diesen Theil des Vermögens ausdrücklich als Erbschaft und nennt die Kinder Erben, während sie im §. 3. in Ansehung der Errungenschaft nur von verbleiben und im Tit. VIII. §. 5. in Betreff der Fahrniß von Zufällen spricht. Eben so nennt sie im Tit. VIII. §. 4. des Erstabgestorbenen nächsten Erben im Gegensatze zu dem Ehemann.

In Ansehung der gemeinsamen Masse hat das Gesetz nicht eine völlige Auflösung in ihre frühere Bestandtheile

angeordnet, ſondern eine Vertheilung wiederum in Maſſen: nämlich Mobilien und Immobilar-Errungenſchaft bei der Theilung unter den Erben ausgeſprochen. Wir werden an den Grundſatz des deutſchen Erbrechts hier erinnert, wornach der Erbe nur mit dem Gute des Verſtorbenen eigentlich haftbar war, und auch mit der beſtimmten Maſſe die dieſer entſprechenden Schulden überkam. Die deutſchen Sukzeſſionen der einzelnen Statute waren in der Regel nur eine Sukzeſſion in einzelne Vermögenstheile.*) Wenn nun auch die Rechtsordnung die Sukzeſſion des gemeinen Rechts in ihren Hauptſätzen aufnahm, ſo iſt darum doch noch nicht die Stellung des Erben nach der Rechts-Ordnung grade dieſelbe, wie die nach dem Römiſchen Rechte mit deſſen Prinzipe der successio in omne jus defuncti. Dies erhellt ſchon daraus, daß bei der eigentlichen gemeinſchaftlichen Maſſe gar keine Quote beſtimmt ſind, und daß ferner, wenn man annehmen wollte, die Erben der Mobilarmaſſe ſo wie der Immobilarmaſſe und endlich der Illaten des Verſtorbenen ſeyen immer nach den Ideen der Römiſchen Sukzeſſion in jus universum zu behandeln, man hiedurch ſchon von Hauſe aus in Widerſpruch mit den gemeinrechtlichen Grundſätzen gerieth, wornach nur das universum jus des Verſtorbenen bei einer Erbſchaft im Auge gehalten wird. Man könnte nur noch ſagen: Auch bei der partikulären Gütergemeinſchaft bilden die beiden Eheleute eine myſtiſche Perſon, deren Nachlaß in der vereinten Maſſe beſteht. Die in universum

*) Wie es bei uns mit der erwarteten neuen bäuerlichen Succeſſionsordnung wieder geſchehen wird. Sommer.

jus successio bezieht sich demnach auch auf diese geeinte Masse, und das bei der Auseinandersetzung an den Einzelnen zurück fallende Illatum ist demnach in dem Verhältnisse als Prälegat zu denken. Allein es fehlt uns bei der Vertheilung der geeinten Masse jedes Quoten-Verhältniß, und wenn man dies etwa durch Werthschätzung der Mobilarmasse gegen die eheliche Immobilar-Errungenschaft finden wollte, so würde man zu einem Mittel übergehen, wovon in unserem Statute keine Idee zu finden ist. So lange die geeinte Masse nicht nach Quoten sondern wieder nach Massen getheilt wird, so lange kann hieran die Idee einer Universal-Sukzession sich nicht anschließen.

Zieht man nun die Verhältnisse zu den Gläubigern in Betracht, so liegt kein Grund vor, weshalb derjenige Ehegatte, welcher persönlich kontrahirte, nicht auch blos mit seinem Antheil an der Masse, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen, was er gegenwärtig besitzt und was er später erlangt, dem Gläubiger haftbar seyn soll. Seine gesetzliche Erben würden demnach auch als Universalsukzessoren haftbar werden, so lange von dem Nachlasse des parens noch etwas auf sie gelangt. Der eigentliche Nachlaß besteht aus den Illatis et delatis immobilibus, indem die Mobilien und die Errungenschaft zu der Masse der Gütergemeinschaft gehören, und es haften deshalb bei beerbter Ehe die Kinder aus allen Ehen, wenn sie den Nachlaß des Vaters antreten, nach den Regeln des gemeinrechtlichen Erbrechts.

A. hat in erster Ehe 1000 Thaler Immobilarschulden kontrahirt, er besitzt kein eigenes Vermögen; in zweiter Ehe ererbt er 1500 Thaler Immobilien von seinem

Digitized by Google

Vater, warum sollen seine Kinder zweiter Ehe nicht für die Schuld erster Ehe dem Gläubiger gerecht werden, wenn sie die 1500 Thaler mit den ersten Ehekindern erben wollen? Für die Schuld wird indessen nach den früher vorgetragenen Prinzipen der andere Ehegatte mit haftbar. Während des Lebens beider Ehegatten verfährt der Gläubiger ohne allen Unterschied unbedingt auf jedes Vermögen, was sich im Besitze eines der beiden Eheleute befindet. Es ist sogar jeder Ehegatte für seine Person für die Schuld des andern haftbar; die Schuld lastet daher auch auf dem Nachlasse des zweiten Ehegatten, nnd demnach müssen auch die Kinder desselben dem Gläubiger gerecht werden. Die Haftbarkeit, womit während des Lebens jeder Ehegatte für seine Person dem Gläubiger verbunden war, von der Person der Erben ab- und auf bestimmte Massen abzuwälzen, geht demnach nicht an, wenigstens nicht in Betreff des eigentlichen Nachlasses.

Was aber das übrige Vermögen der Gemeinschaft betrifft, bestehend aus Immobilar-Errungenschaft und Mobilien, so haftet dies Vermögen zwar für alle Schulden der beiden Eheleute, welche bis zum Augenblicke der Trennung der Ehe vorhanden waren, allein die Kinder und der überlebende Ehegatte haften hier nur als Singular-Sukzessoren mit der Ausdehnung für den superstes, daß er auch dem Gläubiger mit seinem sonstigen Vermögen haftbar ist. Der Gläubiger verfährt demnach allerdings auf diese Massa; allein es würde, wenn wir von der persönlichen Haftbarkeit des superstes für die Schulden des andern absehen, dieser nur als suc-

cessor singularis zu betrachten, und mithin nicht über den Betrag der Massa hinaus haftbar seyn. Eben deshalb haften die Immobilien, welche auf Kinder erster Ehe verfallen, für die Schulden nicht, welche der parens in zweiter Ehe kontrahirt. A. ererbt in erster Ehe 2000 Thaler Immobilien ohne Schulden. In zweiter Ehe macht er 3000 Thaler Schulden Die Kinder erster Ehe entsagen seinem Nachlasse (Illaten und Delaten) und behalten so die Immobilien erster Ehe für sich. Würde aber A. umgekehrt in erster Ehe 1000 Thaler Schulden kontrahiren, und in zweiter Ehe Immobilien gewinnen, so würde der Gläubiger erster Ehe auch auf diese Immobilien verfahren können, weil er die Schuld in zweiter Ehe hinüber nahm; allein die Kinder zweiter Ehe würden nicht persönlich haftbar werden, wenn sie seinen Nachlaß nicht antreten. Aber, fragt es sich, A. soll auch hier überlebender seyn, so war doch die zweite Ehefrau für die Schuld mithaftbar und diese haften also auch als Erben ihrer Mutter. Gewiß, würde die Antwort seyn, wenn sie nicht die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventars antraten.

Daher die Regel: So lange die Ehe nicht getrennt ist, verfährt der Gläubiger auf das Gemeinschaftliche der Gütergemeinschaft sowohl als gegen die Sondergüter eines jeden Ehegatten. Wird die Ehe getrennt, so bilden die Illata et delata immobilia des Verstorbenen seinen eigentlichen Nachlaß, in Betreff dessen seine nächsten Erben als Universal-Sukzessoren zu betrachten sind. Die Massa der Gütergemeinschaft bestehend aus sämmtlichen Mobilien und ehelicher Errungen-

schaft haftet zwar auch für alle Schulden, welche einer der Ehegatten oder beide gemeinschaftlich gültig bis zur Trennung der Ehe kontrahirten. Bei dieser Massa konkurriren der überlebende Ehegatte in Betreff der Mobilarmasse und die Immobilar-Erben in Betreff der Immobilarmasse; allein wenn auch der überlebende Ehegatte vermöge seines Verhältnisses als Mitschuldner mit seinem Vermögen haftet, so sind doch die Immobilar-Erben als solche nur als Sukzessoren in die Massa, wozu die Schulden gehören, verpflichtet. Weil nun derjenige, welcher in den eigentlichen Nachlaß sukzedirt, in dem Sinne und mit den Folgen des gemeinen Rechts als Universal-Erbe zu betrachten ist, so sukzedirt derselbe nicht blos in die auf diesem eigentlichen Nachlasse haftende Schulden, sondern er haftet den Gläubigern auch für die auf der Masse der Gütergemeinschaft lastenden und übrigen Schulden, weil für sämmtliche Schulden beide Eheleute mithin auch seine Erblasser haftbar sind.

Eine zweite Ansicht ließe sich dahin aufstellen, daß es nach unserm Statute gar keine in universum jus successio, sondern nur eine Sukzession in einzelne Massen gebe, und daß es daher an einem Grunde fehle, um denjenigen, welcher nur in einer Masse sukzedirt, für eine Schuld direkt haftbar zu machen, welche einer andern Masse zur Last fällt.

Eine dritte Ansicht, vermittelnd zwischen beiden ersten, verweiset die Sukzession in die illata et delata immobilia des Verstorbenen gleichfalls zum Statutar-Rechte; allein sie läßt die ganze Bestimmung über die Vererbung der Schuld nur als ein Regulativ über das

Verhältniß unter den Erben gelten, und rekurrirt ganz zu dem gemeinen Rechte, wenn es sich um die Verhältnisse der Gläubiger gegen die Erben handelt. Gegen diese letztere Ansicht dringt sich mit Recht der Einwand auf, daß der Grund, weshalb ein Erbe für die Schuld haftbar wird, nur in der Sukzession liegt; daß mithin, da die Sukzession nur durch das Statutar-Recht und zwar dahin bestimmt wird, daß so wie nur ein bestimmter Vermögenstheil auch so nur die entsprechende Schuld vertheilt werden solle, es nicht zu rechtfertigen ist, über dieses Partikular-Recht hinaus zur Sukzession des gemeinen Rechts überzugehen, obschon dem erstern die ganze Sukzession selbst in Ansehung der nicht zur Gütergemeinschaft verwiesenen Gegenstände angehören soll. Dieser letzte Einwand wird durch die erstere Ansicht beseitigt; allein es erheben sich doch auch hiergegen mehrere Zweifel. Es kann der Ehemann die illata immobilia seiner Ehefrau verpfänden; die Schulden, welche auf diesem Eingebrachten haften, werden gemein, und selbst das Vermögen wird dem Nießbrauche unterworfen. Das Statut affizirt mithin auch die Illata et delata immobilia, und es ist kein Grund vorhanden, weshalb dieser Verhältnisse ungeachtet bei der Frage über die Sukzession von dem Statute abgesehen und zur Sukzession des gemeinen Rechts übergegangen werden kann. Als Rechtfertigung hiefür bleibt aber die Wahrheit des Satzes, daß sich die Masse der Gütergemeinschaft über jene Vermögensstücke nicht erstreckt, wenn es auch Folge des Eherechts ist, daß die Güter dem Nießbrauche unterworfen werden. Man kann ferner einwenden, daß nach der

ersten Ansicht ein doppelter Nachlaß und mithin eine Erscheinung auftrete, die sich durch die bloßen Worte: Vererben und Verfallen, welche die Rechts-Ordnung bei dem einen Vermögenstheile gegen den andern gebrauche, nicht rechtfertigen lasse, da legislative Präzision vergeblich in dem alten Gesetze gesucht werde. Man könnte ferner, wenn ein doppelter Nachlaß vorhanden, dem einen entsagen und den andern antreten, und hiedurch abermals eine auffallende Erscheinung herbeiführen. Die Erheblichkeit der letzten Einrede zeigt sich in zwei Fällen, wenn nämlich entweder die Masse des eingebrachten und vererbten Vermögens des Verstorbenen durch die hierauf haftenden Schulden überwogen wird, dagegen Immobilar-Errungenschaft bedeutend ist, oder wenn während der Ehe nur Immobilar-Schulden kontrahirt, dagegen aber bedeutendes Immobilar-Vermögen ohne Immobilar-Schulden in die Ehe eingebracht ist. Ist in dem letzteren Falle das Vermögen von dem Ueberlebenden in die Ehe gebracht, so würden, wenn der Verstorbene kein Vermögen eingebracht hat, für die Kinder sich augenblicklich nur die leidige Gewißheit eröffnen, ohne augenblickliches Vermögen eine große Schuldenmasse der Ehe auf sich abgewälzt zu sehen. Das Interesse demnach dem zu entsagen, was aus der Masse der Gütergemeinschaft auf sie verfallen ist, liegt ihnen sehr nah; aber auch das Recht hierzu scheint ihnen nicht abgesprochen werden zu können. Denn wenn es im Statute auch dem Mobilarerben nicht gestattet ist[1], durch Entsagung auf den Mobilar-Nachlaß sich der Zahlung der Mobilarschulden zu entziehen, so liegt der Grund darin, daß er als Mit-

schuldner erscheint. Dieser Grund trifft bei den Immobilar-Erben nicht zu, und da für sie keine Hereditas necessaria vorliegt, so scheint ihnen das Recht der Entsagung nicht verwehrt werden zu können. Ueberhaupt ist das Recht zur Verzichtleistung auf die Errungenschaft selbst für den überlebenden Ehegatten eine allgemeine Regel, wenn nicht Schulden entgegenstehen, wofür Haftbarkeit aus dem Kontrakte oder aus dem Ehe-Rechte eintritt. Mittermaier Privat-Recht §. 358. Da indessen die Schulden der Ehe auch den überlebenden Ehegatten im Verhältnisse zu den Kreditoren afsiziren, so würde sich erst beim Tode des längstlebenden Ehegatten das Interesse zeigen, ob nicht auch dessen Nachlasse grade wegen der Schulden erster Ehe zu entsagen sey. Stirbt dagegen der Ehegatte, welcher das Vermögen eingebracht hat, zuerst, so fällt dieser Zeitpunkt mit dem der Trennung der Ehe zusammen; allein der Immobilar-Erbe kann sich in diesem Augenblicke über die Entsagung nicht aussprechen, da der überlebende Ehegatte als Nießbraucher noch im Besitze des ganzen Vermögens verbleibt. Wenn endlich in dem erstern vorhin gedachten Falle das eingebrachte Vermögen durch die eingebrachten Schulden des Verstorbenen überwogen wird, und die Immobilar-Errungenschaft bedeutend ist, so haftet doch diese ganze Errungenschaft dem Gläubiger für die Schulden des einen Ehegatten, und diese Rechte kann der Immobilar-Erbe grade deshalb dem Gläubiger nicht schmälern, weil vermöge des Ehe-Rechtes, worin der Verstorbene lebte dem Gläubiger Rechte auf diese Errungenschaft durch das Gesetz erwachsen waren.

Digitized by Google

Zuletzt könnte man noch einwenden, daß nach der erstern Ansicht endlich jeder Ehegatte bei jeder Schuld in einer doppelten Persönlichkeit auftritt, einmal als physische Person und dann als Substrat einer moralischen, und der Gläubiger habe zwei Personen gleichzeitig zu Schuldnern, wenn er auch nur mit einer kontrahirt. Allein dies ist immer der Fall, so lange es richtig ist, daß die Eheleute eine moralische Person vorstellen, und dabei jeder Ehegatte persönlich und nicht die geeinte Person haftet. Durch diesen Einwand könnten wir indessen an eine Bemerkung erinnert werden, welche Mittermaier in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II. Band Seite 330. 332. 336. macht. „Man darf, sagt er, mit Gewißheit annehmen, daß die Deutschen lange zuvor, ehe sie die Worte und den Begriff der Gütergemeinschaft kannten, schon die Sache und das Verhältniß hatten. Solche juristische und spekulirende Gründe sind unverträglich mit dem Gange der Rechtsbildung der alten Zeit, und viel richtiger (ohne daß man von dem Nachlasse einer mystischen Person zu sprechen nöthig hat) betrachtet man diesen Nachlaß als einen und zwar an solche Personen in der That zu vererbenden Nachlaß, deren Ansprüche darauf man nach aller Billigkeit als gegründet annehmen könnte. Man muß demnach eingestehen, daß der überlebende Ehegatte wirklich sukzedirt.“ Bringt man nun hiermit noch in Verbindung, was J. W. Neuß in der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, in Betreff des so verwandten Jülich-Bergischen Landrechts §. 30. bemerkt, daß ursprünglich derjenige, welcher die Gereiden überkam,

Digitized by Google

auch sämmtliche Schulden zahlen sollte, so könnte man zu dem Resultate gelangen, daß ursprünglich auch im Kurköllnischen der überlebende Ehegatte alle Schulden überkam. Allein gegen die Ansicht, ihn als denjenigen zu betrachten, auf den das universum jus devolvire, erheben sich nach dem System der Rechtsordnung nachstehende Bedenken. Der überlebende Ehegatte kann, wenn der Verstorbene Kinder oder sonstige Erben hinterläßt, nicht in jenes Rechts-Verhältniß gestellt werden. Wird die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst, so wird dasjenige, was Objekt der Gütergemeinschaft war, zwar nach einem gewissen Verhältnisse zwischen der Wittwe und den Kindern getheilt; allein deßhalb ist die Wittwe noch nicht als Erbin ihres Mannes zu betrachten. Denn eine solche Theilung setzt ein Erben-Verhältniß nicht nothwendig voraus. Die Theilung ist als ein Erwerbungs-Titel anzusehen, mithin nicht als ein Actus, durch den der sonst unbestimmte Antheil an den zur Theilung kommenden Gütern bestimmt wird. Ein Erben-Verhältniß wird auch nicht dadurch herbeigeführt, daß der überlebende Ehegatte einen Theil der Schulden übernehmen muß. Denn in beiden Fällen sind die Aktiven und Passiven des überlebenden Ehegatten nur eine Folge des Güter-Verhältnisses, worin er mit dem früher verstorbenen in Gefolge der Ehe trat. Was der überlebende Ehegatte erhält, überkömmt er nur in Gefolge der portio statutaria, und die Schulden die er zahlt, entrichtet er nicht als Erbe, sondern als Mitschuldner.

Deshalb sagt Eichhorn §. 338.:

Zur Bezahlung der Schulden konkurrirt der Ueberlebende

stets, wenn er die Errungenschaft ganz oder zum Theil erhält, woraus jedoch nicht folgt, daß er als Miterbe im Römischen Sinne zu behandeln sey.

Wird demnach auch der Ueberlebende gewöhnlich Mobilarerbe genannt, so ist dies doch nicht zu verstehen, als wenn er jure hereditario die portio statutaria überkömmt; sondern er erhält sie ex statuto et jure singulari. Deshalb ist auch selbst Leyser (Medit. Thl. VI. p. 1126.) der Ansicht, daß in den Fällen, wenn nur res certae dem überlebenden Ehegatten zufallen, bei der portio statutaria kein Erben-Verhältniß zum Grunde liege. Mevius und mehrere andere nehmen dies Verhältniß selbst nicht einmal dann an, wenn der Ehegatte eine Vermögensquote erhält.

Der überlebende Ehegatte im Verhältnisse zu den Gläubigern betrachtet, ist zwar den letzteren haftbar; jedoch schon als Mitschuldner, weil alle Schuld gemeinschaftlich wird. Als wahre Erben des Verstorbenen sind indessen seine Kinder oder sonstige Anverwandte zu betrachten, und sein Nachlaß besteht aus dem, was nach Abzug der portio statutaria des überlebenden und der Masse der Gütergemeinschaft übrig bleibt. Rekurriren wir, um nähere Aufklärung zu finden, zu den von Gilgen in seinem Handbuche mitgetheilten bei Gelegenheit der Erläuterungen der Rechtsordnung eingezogenen Gutachten, so gewinnen wir auch hier keine Ausbeute. Wenden wir uns zu dem verwandten Jülich-Bergischen Landrechte, so finden wir auch hier keine von einem bestimmten Prinzipe ausgehende Entwickelung, sondern höchstens ein bloßes

Digitized by Google

Beziehen auf die Praxis. Neuß in der Theorie über die eheliche Gütergemeinschaft bemerkt:

Demnach gelten in unsern Gerichten folgende Grundsätze:

1) Für alle gereide Passiven ist der überlebende Ehegatte Hauptschuldner.
2) Reicht die Mobilarschaft zur Tilgung derselben nicht hin, so haftet er den Kreditoren mit seinem eigenen Patrimonial-Vermögen.
3) Auch die Immobilarerben haften zwar dafür, allein nur nach der Natur einer subsidiarischen Obligation; mithin steht denselben, so lange der Inhaber der Mobilien solvendo ist, die Rechtswohlthat der Excussion zu.
4) Die unbeweglichen Schulden sind dem Hauptstuhle nach Obligationen der Immobilarerben, auf deren Vermögen sie gerichtich haften, und der Ueberlebende ist nur verbunden, aus der Leibzucht die Zinsen abzutragen, in so fern das gerichtliche Unterpfand nicht zugleich mit auf seinem eigenen Immobilar-Vermögen haftet.

M. Voets in historia juris civil. juliae. stellt unter Bezugnahme auf mehrere Erkenntnisse jedoch ohne weitere Ausführung die Sätze auf: Ita apud nos conjux superstes fit haeres mobilium, ut debita et onera mobiliaria solvat. Stockman de jure devolutionis cap. 13. No. 4. et 5. Ubi addit, quod facta discussione haeredis mobiliaris, si tunc appareat solvendi eum non esse, veniri possit ad bona haeredis immobiliaris.

Es setzt hiebei de Mean observ. ad jus Leodiense hinzu: ultra vires tamen haereditatis immobiliaris acceptae heres revolutarius non tenetur licet nullum inventarium super immobilibus acceptis fecerit. def. 12. et 18. No. 14. et seq.

Diese Schriftsteller folgen demnach dem System der Massen-Sukzession mit der eventuellen Haftbarkeit der einen Masse für die Schulden der anderen zum Vortheile der andern. Das Königliche Ober-Landes-Gericht zu Münster (Schlüters Provinz. Recht §. 155.) ist jedoch von diesem System in den verschiedenen Erkenntnissen abgewichen.

III. Verhältniß der Sukzessoren zu einander wegen der Gläubiger.

Auch bei dieser Frage werden die Verhältnisse wegen der verschiedenen Massen sehr komplizirt, und die Auflösung bleibt unsicher, da sich in unserem Statute auch hiefür keine Entscheidung findet. Insofern als man überhaupt dem Mobilarerben die Mobilar-Schulden und den verschiedenen Immobilarerben die Immobilarschulden überweiset, hat die Sache bei der Auseinandersetzung keine Schwierigkeit; diese letztere entsteht indessen dann, wenn vom Regresse der Erben unter einander die Rede wird, veranlaßt durch die Ansprüche der Gläubiger. Es handelt sich hier

I. von Mobilar-Schuld.

Ist die Schuld, deren Deckung aus der Fahrniß nicht hat erfolgen können, während der ersten und einzigen

Ehe kontrahirt, so haftet zunächst das Vermögen des Ueberlebenden, mithin dessen illata et delata immobilia, und sodann der Immobilar-Acquäst, da dieser zur gemeinsamen Masse gehört, und demnach auch die Schulden, welche den Acquäst vergringern, zu tragen hat, und zuletzt das eingebrachte oder deferirte Immobilar-Vermögen des Verstorbenen. Ist die Schuld während der zweiten Ehe kontrahirt, so haftet, wenn die Fahrniß nicht ausreicht, principaliter das eigene Vermögen des Ueberlebenden, hiernächst die Immobilar-Errungenschaft zweiter Ehe, und dann das eingebrachte oder deferirte Immobilar-Vermögen des Verstorbenen. Auf der Immobilar-Errungenschaft erster Ehe kann solcher Schulden wegen keine Verbindlichkeit der Kinder gegen ihre Miterben haften, da ihnen diese Errungenschaft schon zugefallen war.

Ist die Schuld während erster Ehe kontrahirt, oder in dieselbe eingebracht, demnächst aber in die zweite Ehe übertragen, so haftet, wenn die Fahrniß nicht ausreicht, principaliter das eigene Vermögen des Ueberlebenden, sodann die Immobilar-Errungenschaft zweiter Ehe, und dann die Illata et delata immobilia des verstorbenen parens zweiter Ehe. Denn, war auch schon die Schuld in erster Ehe vorhanden, so fiel sie doch dem zweiten Ehegatten zur Last, da alle Schulden gemein werden. Die Errungenschaft zweiter Ehe muß in diesem Falle deshalb haftbar erscheinen, weil dieselbe schon während der Lebenszeit des Verstorbenen von den ersten Ehekindern als Objekt hätte gewählt werden können, um ihre Rechte auf

Digitized by Google

Ersatz geltend zu machen. Die Frage, woher die gereide Schuld rührt, kommt überhaupt hier nicht zur Sprache, so daß, so lange die zweite Ehe noch Vermögen hat, die erste Ehe nicht angegangen werden kann, wenn auch die Schuld während der ersten kontrahirt war.

II. Immobilar-Schuld.

Ist dieselbe in die erste Ehe eingebracht, so muß sie aus den Illatis immobilibus des Inferenten gedeckt werden. Reichen diese nicht hin, so haftet principaliter die Immobilar-Errungenschaft, da diese mit dem eingebrachten Immobilar-Vermögen zugleich auf die Kinder der Ehe verfällt, sodann die Mobilar-Masse, und zuletzt das eingebrachte oder deferirte Immobilar-Vermögen des überlebenden Ehegatten, was jedoch nur dann zur Sprache kommen kann, wenn es sich von verschiedenen Ehen handelt, indem, wenn nur eine Ehe vorhanden, das Mobilar-Vermögen und das eingebrachte Immobilar-Vermögen des Ueberlebenden in dessen Person vereinigt wird.

Ist sie kontrahirt in erster Ehe, so muß sie von der Immobilar-Errungenschaft gedeckt werden. Hiernächst haftet das Vermögen der Immobilar-Erben der Ehe, denen die Schuld überwiesen ist, insofern sie zugleich in das Verhältniß als Erben des verstorbenen Schuldners treten. Ist sie eingebracht in die erste Ehe und in die folgende herübergenommen, so haften zunächst diejenigen, welchen das Gesetz die Illaten zuwendet, und, wenn diese nicht ausreichen, ihr sonstiges Vermögen.

XL.

Ob Handlungsgesellschafter, zwischen denen nur ein mündlicher Societäts-Contract besteht, Dritten aus Verträgen einzelner Gesellschafter verhaftet seyen?

Rechtsfall und Abhandlung.
von
Sommer.
(Allg. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 617.)

Die Brüder Simon und David X zu L. hatten durch mündlichen Vertrag eine Handlungs-Societät errichtet, unter der Firma „Gebrüder X" gehandelt. Es liegen Handelsbriefe vor, in denen Simon X sich dieser Firma bedient hat, und das Publikum zweifelte nicht an dem Bestehen dieser Handlungs-Societät. Als die Geschäfte der Gesellschaft inzwischen schlecht standen und in neuerer Zeit nur David X die Geschäfte geführt hatte, entstand zwischen beiden Brüdern ein Rechtsstreit über das Bestehen der Societät, welcher dahin entschieden ward, daß eine solche wegen Mangels des schriftlichen Vertrages unter ihnen nicht bestanden, weil der §. 617. Allg. L. R. Thl. II. Tit. 8. ausdrücklich die Abfassung eines schriftlichen Contrakts erfordere. David X verfiel nun in Concurs, und ein Gläubiger Z belangte den Simon X aus Handelsgeschäften, die David X mit ihm unter der Gesellschafts-Firma geschlossen, und berief sich zum Be-

Digitized by Google

weise, daß der Simon X ihn in den Glauben des Bestehens einer Handlungs-Societät versetzt, auf ein älteres Schreiben desselben an ihn unter Firma „Gebrüder X." Es ward inzwischen vom Königl. Land- und Stadtgerichte zu Tecklenburg unterm 29. Januar 1836 der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Folgendes waren die hier einschlagenden

Gründe.

Denn nach Vorschrift des Allg. L. R. Thl. I. Tit. 17. §. 230. wird ein Gesellschafter in der Regel nur durch gemeinschaftlich abgeschlossene und unterschriebene Verträge Anderen verpflichtet. Daß der David X Vollmacht zum Ankaufe der Waaren überhaupt oder der fraglichen Waaren insonderheit von seinem fraglichen Bruder gehabt habe (§. 231. l. c.), welche nach Vorschrift Allg. L. R. Thl. I. Tit. 13. §. 8. jedenfalls schriftlich hätte ertheilt seyn müssen, konstirt nirgend. Der Societäts-Vertrag, wenn er schriftlich abgefaßt, und dabei jene Befugniß dem David X ertheilt worden wäre, würde diese Vollmacht ersetzen, allein ein solcher schriftlicher Vertrag existirt nicht, und kann daher Kläger auch auf die Vorschrift des Allg. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 626. sich nicht berufen. Der vom Kläger vorgelegte Brief des Verklagten, welcher aber eine Societät nicht enthält, und wenn zwar mit der Unterschrift: Gebrüder X, versehen, dennoch in der ersten Person abgefaßt ist, erscheint völlig unerheblich.

Diese Entscheidung berührt eine wichtige Rechtsfrage. Daß sie für gewöhnliche Gesellschaften richtig sey, versteht sich nach den angeführten §. 230. Allg. L. R. I.

17. und §. 8. l. 13. von selbst. Handlungs-Societäten haben aber ihr eigenes Recht. (II. 8. §. 617 ff.) Das Eigenthümliche dieser Handlungs-Societäten besteht bekanntlich darin, daß jeder Gesellschafter von selbst den andern vertritt, dessen Faktor ist, wenn ein Anderes nicht ausgemacht und bekannt gemacht worden. (Allg. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 633. 647.) Eines besonderen schriftlichen Auftrages, wie bei gewöhnlichen Societäten, bedarf es hiezu also nicht. Und da das Faktor-Verhältniß im Bestehen der Gesellschaft an sich begründet ist, so versteht es sich von selbst, daß die etwaigen Beschränkungen des Gesellschafts-Vertrages Dritten, denen sie nicht bekannt gemacht, nicht entgegenstehen, wogegen bei gewöhnlichen Gesellschaften die im Gesellschafts-Vertrage enthaltenen Beschränkungen allerdings gegen Dritte gelten. (Allg. L. R. I. 17. §. 231. I. 13. §. 90 ff.) — Ich glaube nun, daß es zur Verpflichtung der Handelsgesellschafter gegen Dritte genüge, wenn sie überhaupt als Handlungs-Societät zum Publikum in Beziehung treten, dieses in den Glauben, daß eine solche Gesellschaft unter ihnen bestehe, versetzen. Allerdings erfordert zwar der §. 617. Allg. L. R. II. 8. die Errichtung eines schriftlichen Gesellschaft-Vertrags, und der §. 618 ff. eine Bekanntmachung der geschlossenen Gesellschaft an der Börse oder bei der Obrigkeit des Orts, allein dies kann nur die Verhältnisse der Gesellschafter unter sich betreffen. Rücksichtlich des zweiten Erfordernisses bemerkt dies der §. 626. ausdrücklich, so daß nach §. 625. die Folge der unterlassenen Bekanntmachung nur ist, daß die Gesellschaft sich der Rechte einer Handlungs-Societät

Digitized by Google

gegen einen Dritten nicht bedienen kann. Was daher das erste Erforderniß, die Nothwendigkeit eines schriftlichen Vertrages, betrifft, so beweist schon der Uebergang vom §. 616., daß hier nur von den Rechten der Gesellschafter unter sich die Rede ist. Vollends entscheidend ist hier aber die Analogie des §. 507.: „Hat der Eigenthümer einer Handlung Jemanden, dem er keine Prokura ertheilt, gleichwohl für seinen Faktor schriftlich oder mündlich angegeben: so wird er denjenigen verhaftet, welche dadurch verleitet worden, sich mit demselben einzulassen.“ Da die Handlungs-Gesellschafter als Faktoren einer des andern anzusehen sind, so ist das Angeben des X für einen Gesellschafter zugleich das Angeben desselben als Faktor, und der Grund — die im Handelsrecht durchgehende Achtung der bona fides — ist in beiden Fällen durchaus derselbe, und das Geheime Ober-Tribunal hat im Falle bei Simon und v. Strampff Rechtssprüche Band 1. S. 136—140. in ähnlicher Weise nach dem Grunde entschieden — Nur durch diese Annahme wird auch eine große Inkonsequenz vermieden. Angenommen nämlich, es sey die §. 618. vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt, so könnte es doch nichts desto minder an einem schriftlichen Contracte fehlen, und die bloße Angabe der geschlossenen Gesellschaft, ohne Anführung der näheren Bedingungen würde wohl nicht als Ersatz des schriftlichen Vertrags nach §. 185. Allg. L. R. I. 5. zu betrachten seyn. Dies vorausgesetzt würde also selbst bei einer solchen Bekanntmachung das Publikum nicht gesichert seyn, wenn es sich den schriftlichen Vertrag selbst nicht vorlegen läßt, es würden nachher noch

immer die Gesellschafter ihre Haftung dadurch, daß ein schriftlicher Vertrag nicht vorhanden oder erweisbar, abwenden können. Daß eine solche Ansicht aber dem Betrug Thür und Thor öffne, bedarf keiner Ausführung. Wollte man nun behaupten, bei einer solchen Bekanntmachung bedürfe es nicht des Beweises, daß ein schriftlicher Vertrag vorhanden gewesen, so würde man der nach §. 626. in Bezug auf die Rechte Dritter gleichgültigen Bekanntmachung eine Wirkung beilegen, von der das Gesetz nichts weiß. Es bleibt also nur übrig, beide Erfordernisse (§. 617. 618.) in Bezug auf Dritte für gleichgültig, und sich rücksichtlich des ersten Erfordernisses an die Analogie des §. 507. zu halten. Was von verschwiegenen Clauseln des schriftlichen Vertrags gilt — daß sie nämlich dem Publikum nicht entgegenstehen — muß auch von der Fiktion des verbindlichen Gesellschafts-Vertrages selbst gelten, das Publikum hält sich an das Verhältniß, wie es die, wenn gleich unter sich nichtig verbundenen, Gesellschafter nach außen hin erscheinen lassen.

Das Ergebniß wäre also:

Auch durch blos mündlichen Vertrag verbundene Handlungs-Gesellschafter sind, wenn sie einen Dritten in den Glauben an eine unter ihnen verbindlich bestehende Handlungs-Gesellschaft versetzt haben, demselben aus den Handlungen des ein oder anderen Gesellschafters als Handlungs-Gesellschafter verhaftet.

Die Entscheidungen des obigen Rechtsfalles in den ferneren Instanzen werden wir seiner Zeit nachtragen.

XLI.

Geschichte der französischen Gerichts-Verfassung vom Ursprung der Fränkischen Monarchie bis zu unsern Zeiten. Aus den Quellen und besten Schriftstellern dargestellt von Johann Paul Brewer, Professor der Physik zu Düsseldorf. Erster Theil. Düsseldorf, bei J. H. C. Schreiner. 1835. gr. 8. S. XVII. 673. Pr. 2 Thlr. 15 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Wir zeigen hier ein sehr verdienstliches Werk an. Da wir nun einmal die französische Justiz am Rheine noch haben und hoffentlich auch behalten, bis die unsere die reellen Vortheile der bisherigen Rheinischen bieten kann, so können wir auch nur wünschen, daß der edle Geist der Geschichte das Studium der Rheinischen Juristen belebe. Ganz zur rechten Zeit erscheint daher das vorliegende Werk. Können wir von der Geschichte der Preußischen Justiz nur wenig Anziehendes berichten, wie sie die Explanation einer nur durch Inkonsequenzen zu haltenden Idee eines philosophischen Gesetzgebers, und vor

allem bei unläugbaren Vorzügen doch auch sehr bedeutende Rückschritte im Verhältniß zu den Präjudizien und der Eventual-Maxime des gemeinen Prozesses darstelle — so ist dagegen die französische Justiz nicht über Nacht durch einen Befehl des Gesetzgebers entstanden. Sie wurzelt in alter Geschichte, ist mit der Monarchie groß geworden und erstarkt, und die Revolution hat verhältnißmäßig nur wenig auf sie eingewirkt. Das Studium ihrer Geschichte, wie es das vorliegende Werk vermittelt, muß vorzüglich dahin führen, das bewußtlose mechanische Ueben von Formen zu einem geistigen Geschäfte zu veredeln, und vorzüglich unsere rheinische Juristen, die das gemeine Recht mit geschichtlichen Sinne studirt haben, werden sich hier sehr angenehm angeregt, und ungeahnte Anknüpfungs-Punkte der französischen Justiz an die deutsche finden

Folgendes ist die allgemeine Uebersicht des Werks:

Erster Theil. Historische Einleitung.

Erster Abschnitt. Von der französischen Gerichts-Verfassung unter den beiden ersten Königsgeschlechtern überhaupt, und von der unter den ersten Königen des dritten Geschlechts insbesondere; von dem Anfang der Monarchie bis zur höchsten Ausdehnung der Herrschaft der Lehnsbarone (ungefähr vom J. 486 — 1108.)

Zweiter Abschnitt. Zustand der Gerichts-Verfassung von dem Zeitpunkt des Wiederauflebens der königlichen Macht bis zur vollständigen Einrichtung des Parlaments von Paris.

Anhang: Die Privatkriege.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt. Die französische Gerichts-Verfassung von Ludwig dem Heiligen bis zu unsern Zeiten.

§. I. Geschichte der Gesetzgebung in Frankreich vom Anfang der Monarchie bis zu unsern Zeiten. Gesetze und Gesetzbücher, die in verschiedenen Zeiten galten.

§. II. Aufzählung der ordentlichen Gerichte von Frankreich vor der Revolution, nebst kurzer Erläuterung ihrer Amtsbefugnisse. Die Parlamente, Präsidial-Gerichte, Amtmänner, Seneschalle, Vögte u. s. f. Die grundherrliche Gerichtsbarkeit.

§. III. Kurze Darstellung des ehemaligen und jetzigen Verfahrens in Civilsachen. Die Notarien.

§. IV. Ehemaliges und jetziges Verfahren in Criminalsachen. Die alten und neuen Criminal-Gerichte; die Prevotal-Gerichte; die Assisen und Specialhöfe. Die Polizei- und correctionellen Tribunale. Der hohe National-Gerichtshof. Das hohe kaiserliche Familien-Gericht.

§. V. Kurze Geschichte der Geschwornen-Anstalt in Frankreich. Instruction der Criminal-Prozesse während der Revolution.

§. VI. Die Ernennung und Besoldung der Richter in dem ehemaligen Frankreich. Allgemeine Verkäuflichkeit der Stellen.

§. VII. Kurze Uebersicht der Gerichts-Verfassung während der intermediairen Gesetzgebung, vom Anfang der Revolution bis zur Abfassung der fünf codes und dem Untergang des Kaiserreichs.

Der bald zu erwartende zweite Theil wird (Abschnitt IV.) die innere Einrichtung und den Geschäftsgang des Parlaments von Paris — letzte Handlungen und Untergang desselben — Einrichtung des Stadtgerichts von Paris (châtelet), (Abschnitt V.) die Ausnahme-Gerichte in dem ehemaligen und jetzigen Frankreich, (Abschnitt VI.) die Mittel gegen die Aussprüche der obersten Gerichtshöfe (cours souveraines) anzugehen; den Cassationshof; den Staatsrath, endlich die Streitigkeiten in Verwaltungssachen abhandeln.

Der Verf. hat die Quellen gekannt und gut benutzt. Sein Buch unterscheidet sich auch dadurch von vielen anderen, daß man mehr darin findet, als man erwartet. Kein Jurist wird das Buch unbefriedigt weglegen, keinen gibt es, der nicht viel daraus lernen könnte. Allerdings gehört der Verf. nicht zur Zunft, allein auch das scheint einer der Vorzüge des öffentlichen Verfahrens zu seyn, daß Laien Interesse an der Rechtswissenschaft nehmen und gute Bücher darüber schreiben können. So hat namentlich der Verf. schon vor längerer Zrit eine gute Schrift über das Geschwornen-Gericht herausgegeben. — Uebrigens ist es ja einer Fakultät ein Leichtes, den Verf., wie die Freiburger den G. R. Paulus, zünftig zu machen!

Bei der Reichhaltigkeit der berührten Gegenstände ist übrigens ein alphabetisches Register ein Bedürfniß, dem hoffentlich beim zweiten Bande abgeholfen wird.

XLII.

Ob eine unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begründete Verletzungsklage des Verkäufers nach Einführung des allgemeinen Landrechts noch statt finde und in den kurzen Fristen der landrechtlichen Verletzungsklage des Käufers verjähre?

Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt

von

Sommer.

Das allgemeine Landrecht kennt bekanntlich keine Verletzungsklage des Verkäufers (Allg. L. R. I. 11. §. 69.), wohl aber des Käufers, wenn gleich nur auf den Grund der rechtlichen Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums (§. 59. 60.), und (§. 68.) mit den kurzen Verjährungsfristen — von 3 Jahr, resp. 1 Jahr, resp. 6 Monaten. — der Gewährleistungsklage (I. 5. §. 343.). Da nun nach den Publikations-Patenten z. B. §. 17. des Publ. P. vom 5. Februar 1794, §. 19. des Publ. P. vom 21. Juni 1825 die kürzeren Fristen des allgemeinen Landrechts von dessen Einführung ab auch auf ältere angefangene Verjährungen angewendet werden können, so ist die große Controverse entstanden, ob die landrechtliche kurze Verjährungsfrist der Verletzungsklage des Käufers auch auf die Verletzungsklage des Verkäufers Anwendung finde. In Sachen Artmann gegen Ca-

tharinemann sprach sich das Arnsberger Hof-Gericht zuerst für diese Anwendbarkeit aus, und bezweifelte sogar, ob überhaupt die vor dem Einführungs-Termin des allgemeinen Landrechts nicht ausgeübte Befugniß zur Anstellung einer solchen Klage von der Einführung ab noch statt finde — etwa wie das Badensche Publikations-Patent des Code Napoleon vom 3. Februar 1809 §. 13. wirklich eine solche Bestimmung enthält, siehe Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte S. 368., oder wie Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 114—117. eine solche, sehr widersprochene, mit den Bestimmungen der Landrechts-Publikations-Patente über die Einwirkung desselben auf ältere Verträge wohl nicht vereinbare, Ansicht aufstellt. In einem Rechtsstreite in Sachen Franz Wilmers zu Mülsborn Kläger gegen Johann Arens genannt Bock daselbst wurde sich nun auf die Autorität jenes Hofgerichts-Erkenntnisses berufen. Das Justizamt*) verwarf aber durch das Erkenntniß vom 22. Februar 1832 die Verjährungs-Einrede und gab folgende

Gründe.

Der Contract, welcher zu diesem Rechtsstreite Veranlassung gegeben hat, ist am 9. Februar 1824 geschlossen — also ist, weil damals noch das gemeine Recht galt, lediglich nach den Vorschriften dieses gemeinen Rechts zu entscheiden:

welche Wirkungen er habe — und insbesondere auch, in wie fern er wieder aufgehoben werden könne.

*) unter dem Vorsitz des jetzigen Herrn Ober-Landesgerichts-Raths Rintelen in Halberstadt.

Ausdrücklich heißt es in allen Publicationspatenten, womit das Preußische Recht eingeführt worden, und namentlich auch in dem de 21. Juny 1825. §. 17.:

„Es müssen alle Verträge, welche vor dem 1. December d. J. (1825) errichtet sind, in Ansehung ihrer Form und ihres Inhalts, so wie auch der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nach den zur Zeit des geschlossenen Vertrags geltend gewesenen Gesetzen beurtheilt werden, wenn gleich erst später daraus auf Erfüllung, Aufhebung oder Leistung des Interesse geklagt worden."

Diesemnach kann jeder Grund zur Anfechtung eines alten Vertrags, der nach damaligen Recht einer war, auch noch jetzt geltend gemacht werden, wenn derselbe Grund auch nach Preußischen Recht keiner mehr ist,

folglich, und niemals stand ein folglicher richtiger da, — kann auch ein Verkäufer aus der Zeit des gemeinen Rechts, welcher über die Hälfte verletzt worden ist, noch gegenwärtig, nach Einführung des Preußischen Rechts die Rescission des Contracts verlangen, ungeachtet das A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 69. sagt:

„Der Verkäufer kann den Kauf aus dem Grunde, daß der Werth der Sache den Betrag des Kaufgeldes selbst mehr als doppelt übersteige, nicht anfechten."

In der That würde auch der Haupt-Grundsatz, daß bei Verträgen spätere Gesetze keine rückwirkende Kraft haben dürfen, — welcher Grundsatz, wie aus den vom Klägerischen Mandatar in der Deduction allegirten

Digitized by Google

Ukasen*) zu sehen, auch in Rußland gilt, — verletzt werden, wenn man annehmen wollte, daß der Verkäufer von seinem Rechte:

von dem Contracte zurückzutreten,

welches er doch nach dem gemeinen Rechte unzweifelhaft hatte, jetzt, da nun das Preussische Recht gilt, nicht mehr solle Gebrauch machen dürfen.

Das Preußische Recht — dies ist wohl zu merken — gestattet die Rescissionsklage blos denjenigen Verkäufern nicht, die contrahirt haben auf den Grund und unter der Gesetzgültigkeit seiner Vorschriften — oder mit andern Worten die zu der Zeit verkauft haben, wo es schon bindende Norm für sie war; nur hier will es angewendet seyn und ergänzen.

Einl. §. 10. 14.

und das all. Public. Patent §. 14.

Aber alle rechtliche Folgen eines Vertrages, der unter dem früheren Recht geschlossen ist, sollen nur nach diesem beurtheilt und entschieden werden — und welcher Jurist möchte läugnen, daß zu diesen Folgen nicht auch die Wiederaufhebung gehöre, wenn der Vertrag nach dem früheren Recht den Keim dazu in sich trug? Wie kann man einen einzigen dieser früher legalen Wiederaufhebungsgründe

---

*) Russische Polizei-Ordnung vom 8. April 1782 §. 48. Ukas vom 18. December 1785 Punkt 1. Ukas vom 8. October 1817. (Siehe Institutionen des Russischen Rechts §. 39.)

Digitized by Google

ausschließen? In der That es wäre reine Willkühr zu sagen — nur Dolus, error, Mangel in der Form, Unfähigkeit des Verkäufers ꝛc. kurz nur jene sollen noch jetzt gültige Aufhebungsgründe seyn, die auch das Preußische Recht billigt — nicht aber andere.

Müssen wir demnach annehmen, daß an sich das Recht des Verkäufers: aus der erlittenen Verletzung die Wiederaufhebung des Contracts zu verlangen, durch die bloße Einführung des Preußischen Rechts nicht vernichtet worden ist, sondern noch fortfuhr zu bestehen, so ist denn nun zu untersuchen, ob der Kläger wirklich eine solche unverhältnißmäßige Verkürzung erlitten hat.

Der Verklagte hat dies bestritten — und dann noch die Einrede aufgestellt, daß die Klage verjährt sey.

Die Verletzung über die Hälfte ist aber klar vermittelt.

Beide Partheien haben Gutachter vorgeschlagen — und beide Gutachter haben den Werth des streitigen Grundstücks über 46 Thlr. 4 Sgr. 10 Pf. geschätzt, nämlich der Bürgermeister Nauseter, vom Verklagten vorgeschlagen, zu 59 Thlr. 15 Sgr. und der Schulte zu 64 Thlr.

vide protoc. de 12. September pr.

worin der Verklagte auch anerkannt hat, daß das Grundstück schon 1824 die Bonität (Werth) gehabt habe, wie dieselbe sich bei der Abschätzung zeigte.

Es fragt sich nun, ob dem Kläger die Einrede der Verjährung entgegenstehe.

Nach gemeinen Rechte war auch die Rescissionsklage,

wegen übermäßiger Verletzung nur der gewöhnlichen Extinctiv-Verjährung von 30 Jahren unterworfen — und diese Frist ist seit Abschliessung des Contracts noch nicht verstrichen.

Indessen sollen nach ausdrücklicher Vorschrift des Publications-Patents de 21. Juni 1825 bei Verjährungen die Vorschriften des A. L. R überall angewendet werden, auch bei denjenigen, die schon früher im Laufe begriffen waren, und gleichsam übernommen worden sind.

§. 19. Absatz.

„Im solchen Fällen, — bei welchen die bisherige gesetzmäßige Frist zur Verjährung mit dem 1. Decebr. 1825 noch nicht abgelaufen ist, sollen die Vorschriften des A. L. R. zur Anwendung gebracht werden."

Nun concludirt der Verklagte so:

Nach §. 59. 60. 68. Tit. 11. et §. 343. Tit. 5. Thl. 1. des A. L. R. muß der Käufer, welcher wegen Verletzung über die Hälfte, die Aufhebung des Contracts verlangt, in 3 Jahren die Klage anstellen, bei Verlust derselben — hier hat der Kläger die Zeit verstreichen lassen, folglich ist die Klage erloschen.

Dieser Schluß wäre ganz richtig, wenn der Verklagte sich in dem Falle des Klägers befände — denn er ist der Käufer — der Kläger aber ist der Verkäufer — und von dem nach dem alten Recht begründeten Rescissions Recht des Verkäufers handelt das Gesetz nicht.

Dieses Gesetz kennt gar kein Rescissions-Recht des Verkäufers. — Wie könnte man dasselbe nun auf:

Digitized by Google

ein Rechtsverhältniß anwenden, das es offenbar gar nicht vor Augen hat, für welches es daher, auch keine Vorschriften erlassen will?

Der Gesetzgeber kann nicht zugleich verordnen,

daß ein Recht gar nicht existiren, und dann, daß es verjähren solle. —

Zwar könnte man mit einigem Schein von Gesetzmäßigkeit noch anführen:

Die Rechte der Partheien sollen doch gleich seyn — und der Gesetzgeber, der den Käufer nur begünstigen will und doch demselben nur 3 Jahre Frist zur Anstellung der Rescissionsklage gestattet, würde sicher auf den Verkäufer,

wenn er auch diesem die Klage überhaupt gewährt hätte,

keine längere Frist bewilligt haben.

Aber wie viele Mängel zeigen sich in diesem Raisonnement!

Zuerst dürfte man — wenn es einmal darauf ankäme, den muthmaßlichen Willen, die Ansicht des Preußischen Gesetzgebers, den Geist seines Gesetzes zu ergründen — kühn behaupten, daß der Gesetzgeber, wenn er consequent seyn wollte, in der That nicht den Verkäufer dem Käufer gleich stellen könnte. Im Allg. L. R. ist die ratio legis bei den Vorschriften in Betreff der Laesio enormis bei Kauf-Contrakten deutlich genug ausgesprochen — nur der Irrthum soll zur Wiederaufhebung berechtigen. Tit. 11. §. 59. — und zwar der Irrthum im Werthe, in den Eigenschaften der

Sache — dieser Irrthum kann aber nur auf Seiten des Käufers vorwalten, Tit. 5. §. 59 ꝛc., und hiernach allein sind die Verjährungsfristen regulirt. Tit. 11. §. 68.

Paßt denn dies nun wohl auf den Verkäufer, auf seine rechtliche Stellung? — Wenn also der Preußische Gesetzgeber wirklich gesonnen gewesen wäre, auch dem Verkäufer die Klage zu gestatten, so würde er sicher in Betreff seiner von ganz andern Gesichtspunkten ausgegangen seyn, jedenfalls scheint es mehr als gewagt, die Behauptung aufzustellen, daß er

die Klage des Verkäufers auch an die kurzen Fristen von Tit. 5. §. 343. gebunden haben würde.

Weshalb will man auch überhaupt interpretiren? Ist denn eine Dunkelheit in den hier zur Anwendung kommenden Gesetzen vorhanden? Das Preußische Recht so wenig, wie das Römische sind in diesem Punkte zweifelhaft — das erstere kennt aber kein Rescissions-Recht des Verkäufers,

zu seiner Anwendung fehlt also das Objekt.

Es bleibt also bei dem Römischen Recht und nur wenn dieses keine Bestimmungen, oder keine deutliche Bestimmungen über unsere Frage enthielte, könnte von einer analogen Anwendung des preußischen Rechts die Rede seyn. Dann aber würde freilich erst die Verlegenheit angehen — weil wirklich, wie oben gezeigt, die Preußische und die Römische Läsion zwei ganz verschiedene juristische Dinge sind, so daß es an der paritas rationum gänzlich fehlen würde.

Zum Schluß stehe nun noch die Bemerkung hier,

Digitized by Google

daß ja überhaupt correctorische Gesetze nur stricte interpretirt und angewendet werden dürfen.

Dies folgt schon daraus, daß Gesetze so lange bestehen, bis sie ausdrücklich aufgehoben werden.

Allg. L. R. Einl. §. 59.

Ausdrücklich aufgehoben erscheint das Römische Verjährungs-Gesetz in unserem Falle aber durchaus nicht — und durchaus nicht zu rechtfertigen wäre es, auf eine bloße Conjecturation hinsichtlich des Gedankens des Preußischen Gesetzgebers hin der mindestens doch sehr zweifelhaften Analogie des Preußischen Rechts den Platz vor der ganz bestimmten Römischen Vorschrift einzuräumen.

Diesemnach kann das Klagrecht des Klägers nicht für erloschen angesehen werden.

Der Verklagte appellirte, und das Hofgericht zu Arnsberg reformirte unterm 31. Juli 1832 das erster Instanz Erkenntniß, ließ die kurze Verjährungsfrist des allgemeinen Landrechts zu.

Gründe.

Denn durch die Ermittelungen erster Instanz ist zwar die laesio enormis als vorhanden festgestellt, indem das das für 30 Thlr. g. G. verkaufte Land einen über das doppelte steigenden Werth hat, indessen hat der Beklagte der Klage mit Grunde die Einrede der Verjährung entgegengestellt, weil sie erst im Juni 1831 also länger als 3 Jahr nach dem 1. December 1825 angestellt ist. Das Allg. L. R. I. 11. §. 68. und I. 5. §. 343. beschränkt auf diese Frist die Klage wegen enormer Verletzung, und obgleich der vorliegende Vertrag

noch unter gemeinen Rechte abgeschlossen ist, und das letztere nur die 30jährige Verjährung für dieselbe feststellte, so mußte doch nach §. 19. des Publikations-Patents vom 21. Juni 1825 vom 1. December 1825 ab diese kürzere Verjährung beginnen.

Hiergegen replicirt zwar der Kläger, daß das Allg. L. R. jene Klage überhaupt nur dem Käufer gestatte, für diese die Verjährung feststelle, diese aber nicht auf die dem Gesetze fremde Klage des Verkäufers, welche an sich durch das gemeine Recht begründet sey, angewendet werden könne, und die sentent. a qua hat auch aus diesem Grunde die Einrede verworfen; dies läßt sich aber nicht billigen. Der Richter muß nicht bloß nach der Wortfassung der Gesetze, sondern deren Zusammenhange und dem unzweifelhaften Grunde derselben entscheiden Einl. §. 46 folg.

Da nun das Allg. L. R. bloß dem Käufer die Klage giebt, sie aber dem Verkäufer versagt, so würde es dem Sinne des Gesetzes widersprechend seyn, wenn hinsichtlich der noch aus der Zeit des gemeinen Rechts herrührenden Fälle der letztere in Beziehung auf die Verjährung noch besser gestellt seyn sollte, als der erstere. Darauf, daß das Allg. L. R. die Lehre von der Klage wegen Verletzung über die Hälfte auf die Vermuthung eines Irrthums, das gemeine Recht aber abweichend auf allgemeine Billigkeit stützt, worauf die sentent. a qua Gewicht legt, kann nichts ankommen; denn sonst würde man dahin gelangen müssen, auch dem Käufer in frühern Fällen die Klage 30 Jahre lang zu gestatten, welches doch der klaren Bestimmung des Publikations-Patents

Digitized by Google

widersprechen würde. Das Gesetz bestimmt für die Klage einmal die 3jährige Verjährung und diese muß vom 1. December 1825 ab gegen alle Klagen wegen solcher Verletzung in Anwendung kommen, sie mögen nun vom Käufer oder Verkäufer angestellt werden.

Es fand in dieser Sache keine Revision statt. In einer anderen Sache des Franz Huckel zu Berghausen gegen die Erben Johann Bleffgen jun. zu Niederberndorf hatte das Hofgericht ebenfalls die Verjährungs-Einrede zugelassen, das Ober-Landes-Gericht zu Münster, als Revisions-Instanz, hob aber das Hofgerichts-Erkenntniß auf, und verordnet die Ermittelung der Läsion.

Gründe.

Nach Allg. L. R. Th. 1. Tit. 11. §. 60. ist nur dem Käufer die Klage auf Aufhebung des Vertrages wegen Verletzung über die Hälfte zugestanden, und diese Klage nach §. 68. an dreijährige Frist gebunden.

Nach gemeinem Rechte stand sowohl dem Verkäufer als dem Käufer diese Klage zu, und hier ist es der Verkäufer, welcher die Klage erhoben hat. Dafür hat das Landrecht keine Bestimmungen, es muß also bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts verbleiben, wornach diese Klage der gewöhnlichen Verjährung von 30 Jahren unterworfen ist. Da diese Zeit bei Aufhebung der Klage nicht verflossen, so konnte die Klage wegen Verjährung nicht verworfen werden. Es kommt also immer noch auf die Ermittelung an, ob wirklich eine Laesio enormis vorhanden.

Seitdem ist keine weitere Entscheidung über diese Frage erfolgt, namentlich noch nicht vom Geheimen Ober-Tribunal. Auf eine solche, so wie darauf, ob das Arnsberger Ober-Landesgericht auf seiner früheren Meinung beharren werde, sind die Juristen sehr gespannt. Es ist sonderbar, daß noch keine Präjudikate über diese Frage aus anderen Theilen der Monarchie, z. B. aus Sachsen, dessen §. 12. des Publikations-Patents vom 15. November 1816 dieselbe Bestimmung über die Verjährung, wie der §. 19. des Patents vom 21. Juni 1825, enthält, bekannt sind. Oder sollte es anderwärts gar nicht einmal bestritten seyn, daß das allgemeine Landrecht keine Frist für die Verjährung eines Rechts, daß es nicht kennt, haben könne?

Digitized by Google

XLIII.

Ob im Herzogthum Westphalen jeder Eingesessene, der keine alte Sohlstätte besitzt, als Beilieger der Gemeinde zu einer jährlichen Abgabe von 2 Thlr. verhaftet, oder ob diese Abgabe nur ein fixirter Beitrag zu den Communallasten sey, so, daß sie wegfalle, wo der Eingesessene zu den Communallasten selbst beiträgt?

Rechtsfall, mitgetheilt und eingeleitet
von
Sommer.

(Churcöln. Verordn vom 1. Jan. 1752 und 12. Jan. 1795.)

Es ist kürzlich eine für das Herzogthum Westphalen sehr wichtige Controverse vom Geheimen Ober-Tribunal entschieden worden. Bei der Geschlossenheit des ländlichen Grundbesitzes entstanden eine Menge Beilieger, welche kein Grundeigenthum dauernd erwerben konnten, weil sie keine Sohlstätten besaßen, welche aber auch zu den gemeinen Lasten nichts beitrugen, indem diese meist nach dem Schatzungsfuße umgelegt wurden. Dies Verhältniß veranlaßte eine Churfürstl. Verordnung vom 1. Jan. 1752 (bei Scotti Samml. der Churcöln. Gesetze und Verordnungen Abth. I. Th. 2. S. 772.) folgenden wesentlichen Inhalts:

„Nachdemalen — Landstände — bei jüngerem Landtag die beschwärliche Anzeig gethan, was maaßen in Höchstdero Herzogthumb Westphalen sehr viele Beyliegere oder Beywohnere, und an verschiedenen Oertheren mehrere als Last-tragende Bürgere eingeschlichen, welche die gemeine Nutzbahrkeit mitgenieſſeten, darbeneben mit Bier, Brandewein und sonst Handthierung treibeten,

ohne daß dieselben dafür zum Besten der Gemeinden das mindeste beytrügen: Und dan Wir dieses als eine zum grösten Last und Schaden Unserer übrigen Treugehorsambsten contribuirenden Unterthanen gereichende Sach angesehen, die Billigkeit es ohnehin allerdings erfordert, daß ein jeder, welcher des gemeinen Vortheils geniesset oder sonst Gewerb und Handthierung treibet, auch zum Gemeinheits-Besten ein proportionirliches beytrage; Daß Wir dahero wollen, und verordnen hierdurch gnädigst, daß dermahlen im Land befindliche Beyliegere ohne Unterschied, alljährlich zwei Reichsthaler zum Besten und Nutzen derjenigen Gemeinden, worin sie sich auffhalten, beytragen sollen."

Eine Verordnung vom 12. Jan. 1795. (Scotti S. 1225.) setzte mehrere Modalitäten wegen der Reception fest und bestimmte §. 6.:

„Sollen neue Beilieger ohne alle Ausnahme und Nachsicht für ihre Person, der Stadt, Freiheit oder Gemeinheit worin sie aufgenommen werden, zwei Reichsthaler — entrichten, — von welcher Abgabe sie unter keinem Vorwande zu befreien sind."

Die Zunahme der Cultur und Bevölkerung des Landes und neuere staatswirthschaftliche Ansichten führten dahin, daß durch die Verordnungen vom 9. Juli 1808 Abschnitt VII (Scotti Abth. II. Th. 1. S. 394.) und 5. Nov. 1809. (Scotti S. 464.) die Untheilbarkeit der Güter aufgehoben, die Güter für nach gemeinem Rechte theilbar und vererblich erklärt, auch die auf einem geschlossenen Gute haftenden untheilbaren Gerechtsame und Servituten den Erbinteressenten nach Verhältniß ihres Erbantheils am Gute zur gemeinschaftlichen Nutzung und Tragung (§. 27.) überwiesen wurden. Mit diesem Gesetze änderte sich der Zustand des Landes, viele Güter wurden getheilt, oder durch Verkäufe zertrümmert, die sonstigen Beilieger wurden Grundeigenthümer, und der Besitz der alten Sohlstätten, welche sonst das untheilbare Gut repräsentirten und in sich concentrirten, verlor seine rechtliche und häufig auch seine faktische Be-

Digitized by Google

deutung. Gleichzeitig erfolgten Reformen im Steuerwesen, Jeder zahlte dem Staate nach seiner Leistungsfähigkeit Grund- und persönliche Steuern, und die Gemeindelasten wurden hiernach umgelegt. Die früheren Beilieger existirten also eigentlich nicht mehr, es waren Grundeigenthümer und verhältnißmäßig Lastentragende Unterthanen geworden. Wo dies durchgeführt und dennoch die Beiligergeld-Abgabe von 2 Thlr. beibehalten ward, konnte diese nur als eine Schutzabgabe in den Händen der Gemeinden erscheinen.

Große Streitigkeiten entstanden hierüber, da die sogenannten Beilieger vollends die Miterben oder sonstige Erwerber getheilter Güter, welche nicht grade die alte Sohlstätte erworben hatten, sich zu einer Beiliegergeld-Abgabe nicht pflichtig hielten. Am 23. Mai 1823 rescribirte die Arnsberger Regierung über eine solche Frage in der Gemeinde Dedinghausen an das Landrathsamt zu Lippstadt:

„Auf den Marginalbericht vom 17. d. erwidern wir, daß, da das Beiliegergeld nach dem unzweideutigen Ausspruche des Gesetzes vom 1. Jan. 1752 als einziger fixirter Beitrag zum Gemeinheits-Besten zu betrachten, die Ansiedler Joseph Jürgens und Franz Freitag aber theils von ihrem Grundbesitzthum, theils nach dem Classensteuerfuß zu den Bedürfnissen der Gemeinde Dedinghausen schon beitragen, dieselbe nicht zur Zahlung des Beiliegergeldes angehalten werden können."

Es blieb indessen die Regierung bei dieser Ansicht nicht Das Hofgericht hatte früher angenommen, daß nur derjenige Beilieger sey, welcher bei einem Anderen zur Miethe wohne, nicht aber der, welcher auf eigenem Boden wohne. Seit ungefähr 13 Jahren ward aber diese Ansicht verlassen, und Jeder für einen Beilieger gehalten, der nicht das Glück hatte, eine alte Sohlstätte zu bewohnen. Der privatrechtlich vernichtete Begriff der Sohlstätte erlangte auf solche Weise eine neue politische Bedeutung, welche mit der Zeit an die rotten-boroughs

Englands erinnern mußte. Die große Mittelclasse, welche sich zwischen den früheren besitzlosen zum Gemeinheits-Besten nichts beitragenden Beiliegern und den alten Sohlstätten-Besitzern in Folge der Entfesselung des Grundbesitzes gebildet hatte, erkannte man nur als Beilieger an, und verurtheilte sie zur Zahlung eines jährlichen Duldegeldes von 2 Thlr. an die Gemeindekasse. Man verkannte zwar kaum, daß diese Abgabe auf die jetzigen Verhältnisse nicht mehr passe, erklärte dies aber für einen weggefallenen Grund des Gesetzes, welcher die Satzung des Gesetzes nicht aufhebe, so lange das Objekt desselben, Beilieger, noch vorhanden. Andere, vorzüglich die Unter-Gerichte, bestritten dies aber, indem sie in den neuen, zu allen Stats- und Gemeindelasten verhältnißmäßig beitragenden, Grundeigenthümern nicht die Beilieger der Verordnung vom 1. Jan. 1752 erkennen konnten.

Insbesondere war auch in Sachen des Landwirths Adam Heinrich Sprink in Störmede gegen die Gemeinde daselbst eine solche Meinungs-Verschiedenheit zwischen dem Justizamt Gesecke und dem Hofgerichte zu Arnsberg erkennbar geworden, indem ersteres das Objekt des Gesetzes vom 1. Jan. 1752, letzteres nur den Grund desselben hier vermißte. Es wurde gegen das Hofgerichts-Erkenntniß vom 27. März 1835 die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen, weil die Verordnung vom 1. Jan. 1752 gegen den §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 in einem Falle, wofür sie nicht bestimmt, in Anwendung gebracht worden. Durch das Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 8. Decbr. 1835 ward nun das Hofgerichts-Erkenntniß als nichtig aufgehoben und in der Hauptsache das den Sprink vom Beiliegergelde freisprechende Erkenntniß des Justizamts Gesecke bestätigt. Folgendes waren die betreffenden

Gründe.

— — Auch die im Hofgerichts-Erkenntnisse ausgesprochene und von dem Verklagten angefochtene Meinung, daß nach dem Beilieger-Edikt von den Beiliegern noch neben dem Beiliegergelde die Communallasten für

ihren Aufenthalt entrichtet werden müssen, erscheint nicht gerechtfertigt. Denn in dem Beilieger-Edikte vom 1. Januar 1752 ist nur von Beiliegern oder Beiwohnern, welche die gemeine Nutzbarkeit mitgenießen, ohne dafür zum Besten der Gemeinden das Mindeste beizutragen und davon die Rede, wie es die Billigkeit erfordere, daß jeder, welcher des gemeinen Vortheils genieße, auch zum Gemeinheits-Besten ein proportionirliches beitrage; die durch dieses Edikt eingeführte und durch das Edikt vom 12. Januar 1795 bestätigte Beilieger-Abgabe von 2 Thlr. gem. Geld kann also diejenigen Einwohner nicht treffen, welche schon zu den Communallasten beitragen, und deshalb ist auch die Königl. Regierung zu Arnsberg in einer ähnlichen, die Ansiedler Jürgens und Freitag zu Dedinghausen betreffenden Angelegenheit, nach Inhalt ihrer unterm 23. Mai 1823 an den Landrath v. Schade zu Lippstadt erlassenen Verfügung der Meinung gewesen, daß, da das Beiliegergeld nach dem unzweideutigen Ausspruch des Gesetzes vom 1. Jan. 1752 als einziger fixirter Beitrag zum Gemeinheits-Besten zu betrachten, die Ansiedler Jürgens und Freitag aber theils von ihrem Grundbesitzthum, theils nach dem Classensteuerfuß zu den Bedürfnissen der Gemeinde Dedinghausen schon beitragen, dieselben nicht zur Zahlung des Beiliegergeldes angehalten werden könnten. Sonach hat das vorige Erkenntniß eine Verpflichtung zur Entrichtung des Beiliegergeldes in Fällen angenommen, wo sie gesetzlich nicht statt findet, und auch deshalb muß nach dem oben allegirten §. 14. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 das Erkenntniß für nichtig erklärt werden, ohne daß es noch darauf ankommen könnte, ob es nach dortiger Verfassung wirklich nur Sohlstätten-Besitzer und Beilieger giebt, und ob einer solchen Annahme nicht schon der ursprüngliche Begriff eines Beiliegers und die nach den Großherzogl. Hessischen Verordnungen vom 9. Juli 1808 und 5. Nov. 1809 zulässige Theilung der Bauergüter entgegensteht.

Digitized by Google

XLIV.

Ueber Ehesachen und insbesondere Ehescheidungen, uneheliche Vaterschaft, Stuprum und Bordelle, in Beziehung auf Gesetzgebung und anderweite obrigkeitliche Behandlung. Ein Beitrag zur Revision des Preuß. Allg. Landrechts. Von F. v. G.

„Dein Reich komme."

„Dein Wille geschehe, wie im Himmel, also auch auf Erden."

Minden, Verlag von Ferdinand Eßmann. 1835. 8. XXXIV. 144 S. Pr. 12 gGr. (15 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

Der achtungswerthe Verfasser — von Geyßel, Regierungs-Assessor in Minden — hat hier einige der am mehrsten der Revision bedürfenden Gegenstände unserer Gesetzgebung behandelt, Gegenstände, bei denen man nicht mit dem ursprünglichen Prinzip der Revision auslangt, nur durch das praktische Bedürfniß indizirte einzelne Verbesserungen anzubringen. So wie unsre Gesetzgebung hier ein Ausfluß der weinerlichen Humanität und des Materialismus des 18. Jahrhunderts ist, so muß sie jetzt ein anderes Prinzip erhalten, wo die Geister ernster geworden, wo die höheren moralischen Ansichten wieder Geltung erlangt, wo, mit einem Worte, die Gesetzgebung das Christenthum nicht mehr ignoriren darf. In der That, da wir uns so große Mühe geben, die Juden zu bekehren und fernen Landen das Wort Gottes zu senden, wäre es wohl zu wünschen, daß wir wenigstens unter uns so gellende Mißlaute aufheben, wie sie sich in unsrer Ehegesetzgebung zeigen, wenn anders nicht unsre über Nacht überkommene Frömmigkeit nur ein neuer Mantel für die alte Sünde seyn soll.

Digitized by Google

Der Verf. handelt 1. von Ehesachen, insbesondere Ehescheidungen (S. 1—72). Er zeigt, wohin in der Praxis die nicht-christliche Ansicht des Landrechts von der Ehe als einem bloßen Contracte führe, wie die Ehescheidungen etwas alltägliches seyen, so häufig nicht einmal so viel Aufsehen mache, als der Rücktritt von einer noch bevorstehenden Hochzeit Er macht dagegen auf den bekannten Erfahrungssatz aufmerksam, daß, wo man weis, daß keine Scheidung statt finde, die im Leben nun einmal nicht vermeidlichen Unzufriedenheiten seltener entstehen und sich leichter ausgleichen. — Man muß die lebhafte, mit den schreiendsten Fällen belegte, Darstellung des Verfs. selbst lesen, um sich zu überzeugen, wie die Gesellschaft durch die Laxität der Gesetzgebung in ihren Grundfesten erschüttert ist. Die Gesetzgebung und die Praxis wollen die Scandale aufheben, übersehen aber, daß, wenn sie strenger wären, in Zukunft weit weniger Scandale entstehen würden. — Fast scherzhaft ist die Geschichte jenes Ober-Landesgerichts-Raths (S. 20), den seine Collegen während einer Sitzung von seiner Frau befreiten: „An einem Sessionstage fand Herr Y. sich mit seiner Frau persönlich in dem Gerichtslokale ein, gab eine schriftliche Ehescheidungsklage ein, für die sofort ein Deputirter ernannt wurde. Ein Geistlicher ward mit zur Stelle gebracht, der geistliche und richterliche Sühneversuch wurde vergeblich angestellt, der aufgestellte gesetzliche Scheidungsgrund anerkannt, die Verhandlungen zum Vortrage befördert, darauf das Scheidungsurtel in kurzen Worten abgefaßt und publicirt; beide Theile waren damit zufrieden, baten, dasselbe für rechtskräftig zu erklären, dies geschah und wurde ihnen bekannt gemacht, worauf beide Theile als geschiedene Leute das Gerichtslokal verließen und der Herr Ober-Landesgerichts-Rath bald nachher die uneheliche Tochter des Stadtkantors heirathete.“ — Nicht minder leichtsinnig benahmen sich wenigstens manche Untergerichte S. 57: „Der ganze Vortrag des Justizraths N. zu B...in über eine vom Collegio auszusprechende Ehescheidung pflegte von der Art zu seyn, daß er die

Akten auf den Sessionstisch legend sagte: ein kinderloses Schusterpaar wird auf Grund gegenseitiger Einwilligung ex paragrapho 716. geschieden, und dann zirkulirte das bereits „abgesetzte“ Scheidungsurtel zur sofortigen Unterschrift der Gerichtsmitglieder.“

Die Ehe, die Familie, der Staat sind göttliche Anstalten, Produkte innerer Nothwendigkeit, der Willkühr der Bürger entrückt, der Staat muß die Ehe, als die erste Grundlage der übrigen Institutionen schützen, unsre Gesetzgebung muß umkehren zum Christenthum. Der Verf. macht zwölf Vorschläge, wovon die auf Beschränkung und Erschwerung der Ehescheidung gewiß Höchsten Orts Beifall erlangen werden. Freilich geht der Verf. in seinem rühmlichen Eifer zu weit, ohne weitere Uebergänge will er uns gleich aus Sündern zu Engeln machen. Der Ehebruch soll ex officio bestraft (S. 60), der deshalb Bestrafte zu allen Staats- und Ehrenämtern unfähig und schon der blos ab instantia Freigesprochene von neuen Anstellungen ausgeschlossen werden (S. 61), die legitimatio per subsequens matrimonium soll, — warum grade vorzüglich beim Adel, ist nun vollends nicht einzusehen — erschwert werden (S. 64), man soll wieder eine Makel der unehelichen Geburt einführen (S. 66). Kein evangelischer, (da die katholischen dies Recht schon immer gehabt haben) Geistlicher soll gezwungen werden, wider sein Gewissen und die Aussprüche der heil. Schrift Geschiedene zu trauen (S. 70). Das sind inpraktikable Vorschläge, wir wollen schon froh seyn, wenn die Gesetzgebung es nur wagt, die Ehescheidung auf den biblischen Fall des Ehebruchs zu beschränken und den Schuldigen die Wiederverheirathung ohne alle Aussicht auf Dispensation ernstlich zu verbieten. Die evangelischen Geistlichen können dann auch nicht in Conflict mit ihrem Gewissen kommen; der Vorschlag des Verfs. setzt eine publicistische Stellung der evangelischen Kirche voraus, die schwerlich je entstehen wird.

Sodann II. wird über uneheliche Vaterschaft (S. 73 ff.) gehandelt. Unsre Gesetzgebung ist hier eine Folge der Furcht vor dem Kindermorde, die Furcht ist aber nie die Mutter

Digitized by Google

des Großen gewesen, auch nicht guter Gesetze. Der Verf. gibt der Geschwächten keine Ansprüche, sondern nur der Armenanstalt. Interessant ist hier ein Allegat, wonach schon am 23. Jan. 1677 in Cleve-Mark durch eine Verordnung die Ansprüche der Geschwächten und ihrer Kinder aufgehoben waren. — Am einfachsten ist hier die Adoption der Bestimmung des Code Napoleon, wie Lombard in den Jahrbüchern Band 44. S. 34 ff. ausgeführt. Die Sittlichkeit wird gewinnen, hiedurch und durch die Beschränkung der Ehescheidungen wird endlich der moralische Schmutz aus den Gerichten genommen.

Auch III. die Hurerei (S. 99) will der Verf. bestraft wissen; wir dagegen wollen von allen diesen Geschichten in foro nichts wissen, insbesondere auch nicht von den früher üblichen Erörterungen über emissio und immissio seminis. Dagegen wird gegen Bestrafung der Kuppelei (S. 117), und gegen das Verbot des Zusammenwohnens von Personen verschiedenen Geschlechts, die nicht in gesetzmäßiger Ehe leben, (S. 119) nichts zu erinnern seyn. Es darf nicht der Schein der Ehe geduldet werden, wo die Sache nicht ist. Das Collegium unverheiratheter Frauenzimmer (S. 127) dürfte dagegen nicht praktikabel seyn.

Endlich (S. 129 ff.) IV. erklärt sich der Verf. durchaus gegen Hurenhäuser und mit großem Recht. Der Staat soll das Laster nicht öffentlich auftreten lassen.

Wir scheiden mit hoher Achtung vom Verfasser, wenn wir auch nicht immer rücksichtlich der Ausführbarkeit seiner Meinung sind. So bleiben, wie es ist, kann es auf keinen Fall. Will man ja doch nicht einmal mehr die Vermehrung der Bevölkerung als einen Grund für die Theilbarkeit des Bodens gelten lassen, also wird man wohl noch weniger Sünde und Laster im Interesse einer solchen Bevölkerung-Vermehrung länger dulden wollen!

Digitized by Google

XLV.

Die Hypothek des Eigenthümers. Ein Versuch über den §. 52. des Anhanges zum Allgemeinen Preußischen Landrecht und die Deklaration vom 3. April 1824, von Albert Friedrich von der Hagen, Dr. der Philosophie, Königl. Preuß. Ober-Landesgerichts-Assessor. Arnsberg, 1836. Bei A. L. Ritter. gr. 8. S. X. 266 Pr. 1 Thlr.

Recension

von

Sommer.

Bekannt sind die großen Schwierigkeiten, welche der §. 52. des Anhangs zum Allg. L. R. und die Deklaration vom 3. April 1834 der Praxis bereitet haben. Bald läßt man den locus einer abgelegten, noch nicht gelöschten, Post, eine vom Leibe geschiedene Seele, einen neuen Forderungskörper beseelen, so daß, wie es dem Götheschen Zauberlehrling, der das rechte Wort vergessen hatte, erging, stracks zwei Doppel-Wesen zum großen Schrecken der postintabulirten Gläubiger entstehen. Bald ergreift der Wucher die neue Schöpfung, indem der gedrängte Schuldner auf seinen frei gewordenen locus ein Darlehn zu 80 Procent aufnehmen, selbes aber als Cession seiner eigenen an ihm selbst haftenden Forderung, somit den Wucher-Gesetzen nicht unterworfen, darstellen muß. Noch jetzt liegt laut der juristischen Wochenschrift dem Geh. Obertribunal eine solche Frage zur Entscheidung vor, und wenn dieser hohe Gerichtshof nicht, gleich dem Justiz-Ministerium *) bei der Frage vom locus, seine frühere Meinung ändert, wird der Wucher hier eine sichere heilige Stätte haben, und die Conditoren unserer Hypotheken-Ordnung werden sich noch im Grabe umwenden ob solcher unerwarteten Resultate ihres redlichen Strebens. Man

*) s. Rescr. vom 6. Mai 1835 Jahrb. Bd. 45. S. 504 ff.

by Google

sieht, der verbindende Faden in dieser Lehre ist für die praxis zerrissen, die alten nnd die neuen Grundsätze haben sich noch nicht verquickt. Die Wissenschaft muß daher der Gesetzgebung vorangehen, diese ihr aber auch folgen. Ganz zur rechten Zeit ist daher das vorliegende Werk eines unserer scharfsinnigsten Juristen erschienen. Wir begrüßen es mit großer Freude, und es darf sich kühn den gelungensten wissenschaftlichen Darstellungen in unserem Rechte an die Seite stellen. Es ist die fragliche Lehre, und was daran grenzt, hier so recht von Grund aus erörtert, und Niemand, der den Fortschritten unsrer Preuß Rechtswissenschaft gern folgt, wird an dem Werke theilnahmlos vorübergehen.

Nach der Ansicht des Verfassers bildet der Werth der Sache den eigentlichen juristischen Gegenstand des Preußischen Pfandrechts. Während bei den Römern die actio hypothecaria auf Abtretung des Besitzes ging, gibt bei uns die Eintragung dem Gläubiger nur den ganz ideellen Besitz des Werthes der Sache, und er hat blos ein Recht, auf Verwerthung der Sache zum Zweck seiner Befriedigung anzutragen. Dem ersten Creditor ist dieser Werth der Sache, oder die Sache ihrem Werthe nach, so weit es zur Befriedigung dieses ersten Creditors erforderlich, ganz, jedem späteren aber nur in so weit verpfändet, als derselbe durch die an den oder die früheren Pfandgläubiger geschehene Verpfändung nicht bereits absorbirt ist. Für den späteren Creditor ist daher der durch die frühere Hypothek bereits vorweggenommene Werth rechtlich so gut als gar nicht vorhanden, es existirt für ihn nur der Ueberschuß, auf welchen das Recht des prior sich nicht erstreckt. Dem prior und dem posterior haftet also ein ganz verschiedenes Objekt, welches nur für jetzt, so lange der Werth der Sache für sich noch nicht realisirt, noch nicht in einer bestimmten Geldsumme dargestellt und fixirt worden ist, als solches noch nicht wahrgenommen werden kann, welches aber, sobald die Realisirung des Werthes der Sache erfolgt ist, sich sofort von selbst von dem zur Sicherheit

Digitized by Google

und Befriedigung des prior dienenden Werthe absondert. Der posterior hat daher kein rechtliches Interesse dabei, wenn über das Object des prior, der prior nicht, wenn über das Object des posterior disponirt wird. Das Object des Rechts des letzteren, an und für sich im Erwerbe vollkommen bestimmt, kann sich daher durch späteres Wegfallen der, dasselbe determinirenden, Beschränkung nicht vergrößern. Es fällt nun also mit dem Ausscheiden eines prior creditor der, durch die Verpfändung an ihn absorbirte, Theil des Werthes der Sache, auf welcher das Pfandrecht der posteriores sich weder gegenwärtig noch eventuell erstreckt, dem Eigenthümer zur beliebigen anderweiten Disposition wieder zu. Er bildet, da die Verbindlichkeit für deren Erfüllung er verhaftet war, getilgt, das Pfandrecht des prior creditor aufgehoben ist, einen, von dinglichen Beschränkungen freien, Theil seines Vermögens, über welche er durch Verpfändung oder sonst jede an und für sich mögliche Verfügung treffen kann. Die Bestimmung des §. 52. des Anhangs, und die Declaration vom 3. April 1824 entwickeln nur die Folgen dieser — durch §. 24. 25. A. L. R. I. 20. begründeten — Grundsätze, indem sie dieselben mit den Formen unsrer Hypotheken-Verfassung in Zusammenhang bringen. Die in Beziehung auf die nachstehenden Creditoren wiederhergestellte Freiheit des Eigenthums des Eigenthümers, und die, unter anderem, daraus entspringende Befugniß, anstatt der alten eine neue Hypothek, von gleicher Größe, und mit gleichem Vorzugsrechte zu bestellen, wurde per fictionem legis zu einem an eigener Sache ihm zuständigen Hypothekenrechte, und der Act, durch welchen er eine neue Hypothek erschafft, zu einer Cession des alten Hypothekenrechts, welches conservirt bleibt, so lange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängige, Löschung erfolgt ist. Der Eigenthümer sollte, damit das Object seiner Verfügung aus dem Hypothekenbuche ersichtlich bleibe, der Form nach in die Reihe der Hypotheken-Gläubiger eintreten, und auf

Höhe des nämlichen Werthes das nämliche Vorzugsrecht erhalten, welches der alte Gläubiger hatte. Sein Recht, obwohl an und für sich selbst von ganz verschiedener Natur, mußte dieselben Grenzen gegen andere Rechte bewahren; soweit der frühere Gläubiger den späteren den Werth des Guts vorwegnahm, eben so weit ist jetzt der Eigenthümer befugt, diesen Werth ihnen durch seine Dispositionen hinwegzunehmen, überhaupt sie von demselben auszuschließen, so daß ihnen, wie bisher, nur ein Recht auf den Ueberschuß verbleibt. Nur zu diesem Zwecke und nur in dieser Beziehung hält das Gesetz das erloschene Hypothekenrecht aufrecht, es giebt dem Besitzer eine Hypothek, nicht um den Begriff und das Wesen seines Rechtes, sondern um sein Verhältniß zu den Rechten anderer zu bezeichnen.

Dies sind die Grundansichten des Verfassers, die er nach allen Seiten hin zu begründen und auszuführen sucht. Ganz fremd waren sie schon der Gesetzcommission nicht, wenn diese in ihrem Berichte vom 10. Juli 1802 (in Amelang neues Archiv Bd. 2. S. 467. 468.) sagt: „Denn es kömmt hier nur darauf an: ob der Eigenthümer den bestimmten Theil des Werthes seines Grundstückes, welcher nach der durch die Zeiten der Eintragung entstandenen Folgeordnung der Hypotheken, durch die darauf versicherte Schuldsumme dergestalt erschöpft wird, daß blos der Creditor der letztern mit Ausschließung der andern hypothekarischen Gläubiger, daraus seine Befriedigung zu suchen berechtigt ist, zu seiner Disposition in der Art behalten soll, daß er ohne Widerspruchsrecht der nachstehenden Gläubiger selbigen durch weitere Verpfändung versilbere, und des auf diesen Credit zu erlangenden Geldes sich zu seinen übrigen Bedürfnissen außer der Befriedigung der schon eingetragenen Gläubiger zu bedienen berechtigt ist?“ Allein von nun an geht die Commission einen andern Weg, indem sie fortfährt: „Aus seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks allein fließt diese Befugniß nicht, weil er als solcher nur berechtigt ist, über den nach Abrechnung der

schon eingetragenen hypothekarischen Schulden übrig bleibenden Theil des Grundstückes oder des Werthes desselben durch Verpfändung zu verfügen, sondern er bedarf dazu in Rücksicht auf die übrigen Forderungen eines besonderen Titels; diesen besitzt er als Creditor hypothecarius cum jure praelationis." Diese Form eines besonderen Titels ist es nun, mit der der §. 52. des Anhangs und die Declaration vom 3. April 1834 sich befassen, und wodurch sie zu der Rechtsfiction des Realgläubigers und Realschuldners in Einer Person führen. Daraus sind denn auch die Controversen entstanden, welche den Gegenstand dieser Rechtsfiction als trockene Wahrheit voraussetzen, oder mit anderen Worten die Rechtsfiction über ihren Zweck und ihr Bedürfniß hinaus fortsetzen. Der Verf. erörtert alle diese Streitfragen umfassend. Er bestreitet (S. 85.), daß die Declaration vom 3. April 1824 die Absicht gehabt, der Quittung die Wirkung einer Cession der persönlichen Forderung des Gläubigers beizulegen. Er bestimmt (S. 88.) das Recht, welches nach der Declaration vom 3. April 1824 der Eigenthümer hat, theoretisch dahin:

"Die Hypothek — oder Hypothekenforderung — des Eigenthümers hat nämlich dieselben Grenzen, aber auch den ganzen Umfang aller derjenigen Befugnisse des bezahlten Hypothekengläubigers, welche sich auf die Sache und deren Werth und auf das Verhältniß zu den vor und nachstehenden Creditoren beziehen, und vermöge derselben ist der Eigenthümer legitimirt zu allem demjenigen, was der befriedigte Gläubiger, abgesehen von dem persönlichen Verhältnisse zu seinem Schuldner, und von den, aus diesem unmittelbar entspringenden Wirkungen, vermöge seiner Forderung, und mit Rücksicht auf deren Betrag in Ansehung des verpfändeten Grundstücks und dessen Werthes, vorzunehmen, zu fordern und zu beanspruchen, berechtigt und legitimirt war."

Der Verf. erklärt sich (S. 93.) gegen die Ansicht jener, welche die Hypothek des Eigenthümers blos als

Digitized by Google

Hypothekenstelle betrachten, und eben so gegen jene, welche um den Consequenzen, so aus dem angenommenen Uebertrage der Hypothekenstelle allein entstehen, zu entgehen, auch die persönliche Forderung des Gläubigers mit übergehen lassen. Bekanntlich stellten die Ministerial-Rescripte vom 5. Februar 1819, 13. März 1831, 24. Mai 1833 die Ansicht auf, daß über den locus besonders verfügt werden könne, so daß eine auf mehrere Grundstücke eingetragene Forderung auf dem einen solidarisch haften bleiben, und auf dem anderen nach Willkühr des Eigenthümers, der die Forderung eingelöst, eine neue Forderung in der alten Stelle entstehen könne, und die postlocirten Realgläubiger des einen Grundstücks kein Recht haben, das Löschen der auf beide Grundstücke eingetragenen Forderung auf dem anderen Grundstücke zu hindern. Davon wird man sich nun allerdings sehr bald überzeugen, daß die Realforderung nur in ihrer Individualität cedirt seyn und bestehen bleiben, nicht aber auch einer ferneren Forderung zugetheilt werden kann, mit anderen Worten, daß eine Verfügung über einen bloßen locus unstatthaft ist. Allein schwierig ist die Frage, ob der einfache Verzicht auf die Hypothek des einen Grundstücks von den Gläubigern des anderen, welches hiedurch nun effektiv doppelt belastet wird, gehindert werden könne. Der Verf. bejaht (S. 98.) diese Frage, weil nach §. 159. Tit. 2. der Hypothekenordnung, wenn in einem Instrumente mehrere Güter zugleich für die nämliche Forderung zum Unterpfande verschrieben, die Eintragung zwar bei jedem Gute besonders erfolgen, jedoch bei jedem bemerkt werden solle, auf welchem anderen die in solidum eingetragene Schuld ebenfalls hafte. Als Sinn und Absicht dieser Bestimmung findet der Verf., daß durch eine solche Hypothekbestellung der Schuldner beide Güter in Bezug auf dieses Verhältniß mit seinen Folgen zu einem juristischen Ganzen constituire, aus ihnen Ein Pfandobjekt bilde. Er hält beide Grundstücke gemeinsam und alternativ verbunden, hält die §§. 521. 522. Allg. G. O. I. 50. auch außer dem Concurse anwendbar,

hält den Hypothekenrichter (S. 104.) unter Gefahr des Regresses verpflichtet, dem Antrage auf Löschung der Hypothek auf dem einen Gute nicht zu deferiren, ohne zuvor den Besitzer und die nachstehenden Gläubiger des anderen Gutes, auf dem sie ebenfalls ingrossirt steht, zu benachrichtigen. Er gestattet den Interessenten die Befugniß, sich gegen die nachtheiligen Folgen der Löschung durch den Antrag auf Eintragung einer Protestation zu verwahren, und zwar auf dem ihnen verpfändeten Gute dahin:

daß die hier ungelöscht gebliebene Hypothek nur noch auf Höhe eines verhältnißmäßigen Betrages als validirend anerkannt werde,

oder auf dem anderen Gute:

daß ihnen das Recht vorbehalten bleibe, zum Behufe der Ausgleichung nöthigenfalls die Erstattung eines verhältnißmäßigen Betrages prioritätisch aus dessen Kaufgeldern zu verlangen, wenn der Inhaber der, früher solidarisch auf beiden haftenden Hypothek sich für den ganzen Betrag an das ihnen zugehörige resp. verpfändete Grundstück halten sollte.

Die Frage ist von der ungeheuersten Wichtigkeit, wir enthalten uns noch zur Zeit eines bestimmten Urtheils darüber.

Nachdem der Verf. die theoretische Untersuchung von S. 1 bis 106 — der übrigens von S. 229 an ein wichtiger Nachtrag folgt — abgeschlossen, wendet er sich zur praktischen Anwendung, und behandelt

A., (S. 107 ff.) diejenigen Fälle, welche, weil die ausdrücklichen Bedingungen des Gesetzes vorhanden sind, dessen uneingeschränkte Anwendung zulassen. S. 109 ff. wird die Frage verhandelt, ob der Eigenthümer, der die auf ihn übergangene Hypothek übertragen, als Cedent oder als Constituent zu betrachten sey. Für denjenigen Richter, welcher vermöge seiner Stellung genöthigt ist, sich streng an die Form zu halten, also für den Hypothekenrichter läßt der Verf. das Geschäft nur in der Form der Cession gelten, wogegen für den Prozeßrichter in judicando die Sache bedenklicher sey, da er sowohl die Form, als den wesentlichen Inhalt des Ver-

Digitized by Google

hältnisses beachten müsse. Mit siegenden Gründen entwickelt der Verf. daß, was den Ersatz des Ausfalls betrifft, der Cedent nur als Constituent zu betrachten, über die wirklich erhaltene Valuta hinaus zu haften nicht schuldig sey; er macht aufmerksam auf die Verwechselungen von Personal- und Realforderung, welche man sich hier so häufig zu Schulden kommen läßt, obgleich die Declaration sowie der Anhang ausdrücklich nur vom Realverhältniß handeln.

Höchst wichtig sind auch die Erörterungen des Verfs. (S. 137 ff.) über die Rechte, welche die Hypothek des Eigenthümers im Kaufgelderliquidations-Prozesse, — oder dem an dessen Stelle getretenen Kaufgelderbelegungs-Verfahren — im erbschaftlichen Liquidationsprozesse und im Concurse hat. Zuvörderst (S. 138 ff.) stellt der Verf. die Behauptung gegen Bornemann auf, daß den Gläubigern des Besitzers die Befugniß zustehen müsse, sich nach dem Gesetze vom 4. Juli 1822 die Hypothek des Besitzers im Wege der Exekution an- oder überweisen zu lassen, und geht dann zu dem Satze über, daß in den eben gedachten Prozessen der Inhalt der Hypothek für den Besitzer resp. dessen Commun-Masse vorwegzunehmen. Inhaltschwere Fragen, tiefe Erörterungen, auf die wir nur verweisen können.

Von S. 159 ab handelt der Verfasser

B. die Fälle der bedingten und analogischen Anwendung ab. Die Declaration vom 3. April 1824 ertheilt alle Rechte eines Cessionars der Hypothek:

I. dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, nicht jedem Zahlenden überhaupt. Der Verf. erörtert nun die Fälle der nach dem Grunde — daß das Hypothekenrecht des Eigenthümers nur eine Form sey, unter welcher das Gesetz die wiedergestellte Freiheit des Eigenthums anerkennt — möglichen analogischen Anwendung, und zwar 1) beim Miteigenthum (S. 161 ff.) — nicht ohne Schwierigkeit — 2) beim getheilten Eigenthum, (S. 166. 167.) 3) bei Verschiedenheit des wirk-

Digitized by Google

lichen (Natural-) und des eingetragenen (Civil-) Eigenthümers (S. 167 — 170), sehr interessant.

II. Wenn er eine auf dem verpfändeten Gut hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt. Der Verf. weist (S. 170. 171.) nach der Analogie des §. 52. des Anhangs nach, daß auch jedem anderen modus solvendi diese Wirkung beigelegt werden muß, und erörtert sodann (S. 171 — 201.) die sich wieder sehr gliedernde Frage, inwiefern die Hypothek auch dann durch Befriedigung des Berechtigten auf den Eigenthümer übergehe, wenn die Verbindlichkeit nicht direkt und unmittelbar auf eine bestimmte Geldsumme, sondern entweder auf einen, zur Zeit noch unbestimmten, Betrag, oder gar auf andere, nicht in Gelde bestehende, Leistungen gerichtet war. Gegen das Ministerial-Rescript vom 29. Septbr. 1832 (Jahrb. Bd. 40. S 164.) wird auch für bedingte Hypothekenrechte, namentlich Cautionen, die Anwendung vindizirt, mit Unterscheidung der Fälle, wo die Forderung, das persönliche Verhältniß, und wo hinwieder die Hypothek mit der Bedingung affizirt ist. Gewissermaßen um per reductionem ad absurdum zu beweisen, hatte der Verf. der Schrift: Ist die Hypothek nach Preuß. Rechte ein accessorisches, oder ein selbstständiges dingliches Recht u. s. w. Marienwerder, 1831. S. 26 bis 28, die Anwendung auf eine Caution hingestellt. Unser Verf. erklärt sich nur dann gegen die Anwendung, wenn die Caution nicht auf eine bestimmte Summe gerichtet und ihr Fall nicht eingetreten ist.

III. Ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall bloße Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre Indessen auch ohne Quittung geht dies an, da die Quittung nur ein Zeichen, ein Beweis, daß die Rechte des Creditors erloschen, die des Eigenthümers wieder in Kraft getreten seyen, ist.

Digitized by Google

Nur muß freilich beim Hypothekenrichter durch einen, einer löschungsfähigen Quittung gleich stehenden, Act die Devolution der Hypothekenrechte des Gläubigers auf den Eigenthümer nachgewiesen werden, z. B. Legitimation als Erbe des Gläubigers, Aufgebot und Präclusoria. — Auch dann findet (S. 205) das Gesetz Anwendung, wenn der Creditor zu Gunsten des Eigenthümers seiner Hypothek entsagt, ohne wegen der persönlichen Forderung befriedigt zu werden oder auf diese gleichfalls Verzicht zu leisten, indem der Grund, aus welchem die Zahlung den Uebergang der Hypothek auf den Besitzer zur Folge hat, nur darin beruht, daß Tilgung der Schuld das Realrecht des Gläubigers aufhebt. Nur wegen der Förmlichkeiten vor dem Hypothekenbuche macht sich hier ein Unterschied bemerklich, und wird vom Verf. umständlich entwickelt. — Verhandelt wird auch (S. 211 — 218) die Frage, wie es zu halten, wenn der Gläubiger für Verzichtleistung auf die Hypothekenrechte von dem dritten Besitzer Vergütung empfangen, gegen den ursprünglichen Schuldner aber die Personalklage aufs Volle anstellt. Der Verf. entscheidet sich für die Aufrechnung.

IV. Alles dies, wenn der Eigenthümer die Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen. Der Verf. stellt (S. 218—220.) die Behauptung auf, daß nun ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht gelöscht werden dürfe. — Sodann wird entwickelt, was Rechtens, wenn die Löschung beantragt, aber noch nicht wirklich geschehen, oder wenn sie zur Ungebühr geschehen.

Der Verf. wendet sich nun (S. 229.) zu legislativen Erörterungen und Nachträgen zu seiner theoretischen Darstellung. Es fehlt hier nicht an scharfsinnigen Vergleichungen des Römischen und Preuß. Pfandrechts, und an Anschauungen dessen, was die Praxis, das Leben bietet und heischt, so übrigens kaum eines Auszugs fähig. Der Verf. wirft (S. 233.) die Frage auf, ob es nicht thunlich sey, die Hülle der Fiktion wegzuwerfen, und den

Digitized by Google

unter ihr verborgenen Rechten des Eigenthums eine Form zu geben, welche ihrem Wesen gemäß ist. Er macht darauf aufmerksam (S. 231—233.), wie die bisherige Form zu Ungewißheiten, Erleichterung des Betrugs und Wuchers führe. Er schlägt (S. 234.) vor, bei einer Umgestaltung dieser Materie den Grundsatz an die Spitze zu stellen:

daß durch die Aufhebung der Hypothekenrechte des Gläubigers, welche in Gemäßheit des §. 520 Tit 20. Thl. I. Allg. L. R., durch Tilgung der Schuld, oder welche durch Entsagung der Hypothek durch Consolidation, Amortisation der Post u. s. f. erfolgt, die Befugniß des Eigenthümers, über den Werth der Sache frei, und rücksichlich der nachstehenden Gläubiger prioritätisch, zu verfügen, jedoch nur in demselben Maaße, wieder hergestellt werde, in welchem die Rechte des abgefundenen Creditors dieselbe beschränkten,

daß aber

diese Befugniß dem Eigenthümer nur so lange zustehe, als die Erkennbarkeit des Werthquantums, von welchem der abgefundene Gläubiger die späteren Creditoren auszuschließen befugt war, und von welchem jetzt der Eigenthümer sie auszuschließen berechtigt seyn soll, erhalten, und dasselbe aus dem Hypothekenbuche ersichtlich sey.

Um diese Erkennbarkeit ohne jene Fiction zu erhalten, könnte nach des Verfs. Ansicht die Einrichtung getroffen werden, daß die Hypothek des bisherigen Gläubigers im Hypothekenbuche gelöscht, dabei aber der Vermerk eingetragen würde, daß nach dem Willen des Eigenthümers diese Löschung den nachstehenden Creditoren nicht zu Gute kommen solle, ihm vielmehr das Recht vorbehalten bleibe, über den entsprechenden Betrag des Werthes des Grundstückes, als über ein freies, von ihren dinglichen Rechten nicht afficirtes, Vermögensobjekt, durch Verpfändung oder sonst jede ihm beliebige Verfügung zu treffen. An dieser Stelle würde dann, wenn der Eigen-

thümer späterhin ein prioritätisches Pfandrecht bestellen wolle, die neue Hypothek eingetragen; wäre dagegen solche Verpfändung nicht erfolgt, oder der vorbehaltene Werth dadurch nicht erschöpft worden, so würde, so weit dies nicht der Fall, bei einer etwaigen Subhastation, dieser Betrag von den Kaufgeldern den postintabulirten Gläubigern vorweg in Abzug gebracht, und je nach Verschiedenheit der Fälle, dem Besitzer, oder seinen persönlichen Gläubigern, welche Anspruch darauf hätten, daraus befriedigt zu werden, ausgezahlt.

Hiemit schließt die Anzeige eines für die Wissenschaft wie für die Gesetzgebung gleich beachtenswerthen Werkes. Die Grundansichten des Verfs. haben allerdings Anfangs manches Befremdliche, allein allmählig und durch die eiserne Consequenz, mit der sie durchgeführt sind, söhnt man sich damit aus, obgleich man vielleicht doch noch nicht wagt, eine feste begründete Meinung über die Sache zu haben. Der Rec. ist wenigstens in diesem Falle, er will nicht in kurzer Frist über eine Abhandlung, das Produkt mehrjährigen Nachdenkens eines philosophischen und zugleich praktischen Juristen, entscheiden. Die Sache ist nun einmal auf eine so tüchtige Weise angeregt, daß die Wissenschaft sie schon weiter führen, gewiß auch die Gesetzgebung bald nachhelfen wird, was nothwendig, da durch die bestehenden Controversen über die Hypothek des Eigenthümers das Preuß. Hypothekenwesen in seinen Grundfesten erschüttert ist. Darum ist es denn auch erklärlich, daß über den einen Anhangsparagraphen und die Declaration ein so großes Buch geschrieben werden konnte.

Eine gute Sprache — nicht das altgewohnte Aktendeutsch — empfiehlt noch besonders die Schrift. Nur wären der Bequemlichkeit des Gebrauchs halber über-

Digitized by Google

sichtliche Abtheilungen nach Paragraphen mit einer Inhalts-Anzeige zu wünschen gewesen. Der Praktiker, der ein Allegat sucht, wird verdrießlich, wenn er erst den größten Theil des Buchs von neuem durchlesen muß, obgleich es übrigens freilich leichter ist, Fragmente in §§. zu geben, als eine solche, philosophisch gehaltene, Darstellung in Einem Guß.

Digitized by Google

XLVI.

Handbuch des Preußischen Privatrechts, als zweiter Theil des Handbuchs des Preuß. Civilrechts. Von Temme, Königl. Kreis-Justiz-Rath und Mitglied des literarischen Vereins der Grafschaft Mark (jetzt Director des Inquisitoriats zu Stendal). Leipzig, 1835, bei Christian Ernst Kollmann. gr. 8. S. 146 Pr. 12 gGr. (15 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

Der Verfasser giebt hier den zweiten Theil seines im Jahr 1832 erschienenen Handbuchs des Preußischen Civilrechts. Der erste Theil enthielt das Civilrecht im engeren Sinne, worunter die in Preußen geltenden Rechtsnormen zu verstehen, welche aus dem römischen und gemeinen deutschen Rechte hervorgegangen. Im vorliegenden zweiten Theile wird das Privatrecht, diejenigen Rechtsnormen nämlich abgehandelt, welche aus einheimischen Gewohnheits-, Provinzial- oder Statutarrechten unabhängig von dem Einflusse der fremden Rechte sich entwickelt, und auf dieser ihrer selbstständigen eigenthümlichen Basis sich fortentwickelt haben. Das Civilrecht ist eigentlich dem technischen Elemente des Rechts verfallen, während beim Privatrechte der Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben, das politische Element, noch mehr oder minder fortwirkend, (s. v. Savigny vom Beruf unserer Zeit u. s. w. S. 12.) nicht zu verkennen. Die Unterscheidung ist auch für unsre Gesetzrevision eine wichtige. Niemand, der die Kraft der Trägheit nicht unter die bewegenden Elemente der Gesetzgebung aufnimmt, wird glauben, daß man Verschiedenheiten des Civilrechts, z. B. in der Lehre von Testamenten, Verträgen, auf die Dauer im Staate als provinziell erhalten wünschen könne. Dagegen wird es aber wohl zu begreifen seyn, warum man z. B. den alten Provinzen, wenn dort nun einmal die Dominien als Nachwirkung des älteren doppelten Sozial-Contrakts des Landes fortwährend die communalbeherrschende Behörde für das sogenannte platte Land bleiben sollen, auch einen besonderen Begriff für den

Bauern — wie ihn der Verf. S. 33. aufstellt — zugestehen muß, während wir im Westen bei einer anderen Communal-Verfassung — die man sicher nicht, vergessend das Montesquieusche: Les idées d'uniformité touchent les grands esprits, mais frappent les petits, durch die altländische verdrängen wird — einen solchen Begriff gar nicht kennen. Uebrigens gehören freilich unter das Privatrecht des Verfassers auch Gegenstände, die, wie das Handels- und Wechselrecht, schon dem technischen Elemente der Wissenschaft heimgefallen sind und ohne alles Bedenken zur allgemeinen gleichen Gesetzgebung des Reichs zu rechnen, wie denn überhaupt bei steigender Entwickelung immer mehr Rechts-Gegenstände dem politischen Elemente absterben.

Der Verf. gibt hier den ersten Theil, Personenrecht. Erste Abtheilung. Familienrecht in vier Unterabtheilungen, und zwar 1) eheliche Gütergemeinschaft, 2) Einkindschaft, 3) gemeinschaftliche Familienrechte, 4) Gesinderecht. Bei der concisen Darstellung des Verfassers sieht man sehr leicht, wie wenig dem Landrechte z. B. die Lehre von der Gütergemeinschaft, oder von der Einkindschaft gelungen. In der zweiten Abtheilung kommen die Standesrechte vor, in drei Unterabtheilungen: 1) Adelstand, 2) Bauernstand, 3) Bürgerstand. Eine dritte Abtheilung handelt von den Gewerbsrechten, und zwar in fünf Unterabtheilungen: 1) Handwerker und Zünfte, 2) Künstler und Fabrikanten, 3) Gewerbe mit zubereiteten Speisen und Getränken, 4) Apotheken, 5) Kaufleute (nebst Wechselrecht). — Selbstredend können auf 146 Seiten über diese Gegenstände keine ausführlichen Erörterungen gegeben seyn, und der Name eines Handbuchs darf hier nicht im gewöhnlichen Sinne genommen werden. Nichts desto weniger ist das Erhebliche, die Grundsätze, vollständig gegeben, und man vermißt nirgend den denkenden fortschreitenden Juristen. Eine solche compendiarische Darstellung — ohne die Trockenheit gewöhnlicher Compendien — ist grade im weiten Walde des Preußischen Rechts für den Juristen und den Verwaltungsbeamten mitunter sehr wünschenswerth; freilich wird der Jurist sich nicht darauf beschränken wollen, sondern Anregung zu weiteren Forschen finden. Der Verf. verdient den Dank des juristischen Publikums, und wir sehen seinem dritten Bande gern entgegen. Zu Erörterungen über Einzelnes ist hier selbstredend nicht der Ort.

Bei August Schultz et Comp. in Breslau ist so eben erschienen:

Bernhard, Ant. Aug., Das positive Privatrecht, in Fragen, Antworten und Tabellen nach dem römischen, gemeinen und preußischen Rechte, als Leitfaden für Examinanden. 1s Heft. 27 1/2 Sgr.

Der Umstand, daß der Verfasser ein erfahrener Practiker ist, dürfte zuvörderst im Stande seyn, dieser schwierigen Arbeit als Empfehlung zu dienen, und die Aufmerksamkeit des juristischen Publikums darauf zu lenken.

In der Richterschen Buchhandlung in Breslau ist erschienen:

Clemens, F. M. T., Das Rechtsverfahren in Nachlaßangelegenheiten. Ein Handbuch für Richter, Actuarien, Calculatoren und ein Leitfaden für Privatpersonen. 1e und 2e Lieferung. gr. 8. Subscriptionspreis à Lieferung 8 gGr.

(Das Ganze wird 6 höchstens 7 Lieferungen geben, deren jeden Monat eine erscheint. Die 1 Bogen starke Inhalts-Uebersicht ist durch jede gute Buchhandlung zu bekommen.)

Schlesiens wichtigste Provinzial-Gesetze und Local-Observanzen. Mit Berücksichtigung der betreffenden landrechtlichen Bestimmungen von einem ehemaligen Preuß. Justiz-Beamten. gr. 4. 1 Thlr.

Digitized by Google

Uebersicht

der neuesten juristischen Literatur vom December 1835 bis März 1836.

Abhandlungen, sieben, über Einreden nach der Theorie des Preußischen Rechts und Prozesses. gr. 8. Leipzig. Pönicke und Sohn. geh. 11½ Sgr.

Albrecht, Dr. J. A. M., die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. Eine von d. k. Juristenfacultät München im Jahre 1831 gekrönte Preisschrift Mit einem Vorwort von Dr. H. Bayer. 8. München, A. Weberſche Buchhandlung. geh. 1 Thlr. 7½ Sgr.

Althof, J. C., Ueber die Verwerflichkeit des Reinigungseides in Strafsachen, nebst erläuternden Criminalfällen. gr. 8. Rinteln, Osterwald. geh. 27½ Sgr.

Bibliothek des Preußischen Rechts. Ein vollständiges Verzeichniß aller über das Preuß. Recht von den ältesten Zeiten an bis Ende Juni 1835 erschienenen Werke und Abhandlungen. Herausgegeben von F. J. Hafemann. gr. 8. Berlin, List. geh. 25 Sgr.

Criminal-Ordnung, Allgemeine, für die Königlich Preuß. Staaten, mit den zur Zeit noch anwendbaren, vor und seit der Gesetzeskraft der Criminal-Ordnung bis zum Jahre 1834 incl. erschieuenen, hinter jedem concernirenden Paragraphen — nach der Zeitfolge geordnet — wörtlich abgedruckten, denselben ergänzenden, abändernden oder erläuternden Gesetzen, Verordnungen und Rescripten. Nebst einer schematisch zusammengestellten Uebersicht der Marginalien und einem vollständigen Register. Herausgegeben von C. Paul. 2 Bde. gr. 8. Quedlinbung, Basse. 3 Thlr. 25 Sgr.

Froben, Dr. H., Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts. Ein Commentar zu der achten Auflage des Pandecten-Rechts von F. A. J. Thibaut. 2te Abtheil. 1ste Hälfte. gr. 8. Stuttgart, Köhler. 1 Thlr.

Gesterding, Dr. F. C., Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 5ten Theils 2te Abtheil. gr. 8. Greifswald, Koch. 1 Thlr. 15 Sgr.

Der 1. bis 5. Thl. 1ste Abtheilung 1826 — 35. kostet 10 Thlr. 25 Sgr.

Digitized by Google

Uebersicht

der neuesten juristischen Literatur vom Januar bis Mai 1835.

Abegg, Dr. J. F. H., die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihren Verhältnissen zu einander, und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte. Eine criminalistische Abhandlung. gr. 8. Neustadt, Wagner. geh. 21 gr. (26 1/2 Sgr.)

Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Herausgeg. von Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier und Wächter. Jahrg. 1833. 1s Stück. Halle, F. Schwetschke et Sohn. 12 gr. (15. Sgr.)

Archiv für die civilistische Praxis. Herausgeg. von Franke, Linde, v. Löhr, Mittermaier, Mühlenbruch, Thibaut u. Wächter. 18r Bd. 1s Hft. gr. 8. Heidelberg, Mohr. 3 Hefte 2 Thlr.

Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen. 21. Bd. oder neue Folge 14. Bd. 4s Hft. gr. 8. Köln. Pet. Schmitz. 2 Thlr. 8 gr. (10 Sgr.)

Barth, Dr. M. A., Sammlung auserlesener, theils ursprünglich deutscher, theils aus dem Lateinischen übersetzter Dissertationen, über Materien des gemeinen deutschen Civilrechts und Civilprocesses. 1. Liefg. gr. 8. Augsburg, v. Jenisch et Stage. 12 gr. (15 Sgr.)

Bender, Dr. J. H., Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt. gr. 8. Frankfurt a. M., Sauerländer. 1 Thlr. 16 gr. (20 Sr.)

Berg, Prof. Dr. G. D., über die Verbindlichkeiten der kanonischen Ehehindernisse in Betreff der Ehen der Evangelischen. Eine kirchenrechtliche Abhandlung. 8. Breslau, Max et Comp. 6 gr. (7 1/2 Sgr.)

Beseler, G., die Lehre von den Erbverträgen. 1r Thl. Die Vergebungen von Todeswegen nach dem ältern deutschen Rechte. gr. 8. Göttingen, Dietrich. 1 Thlr. 8 gr. (10 Sgr.)

Bienerie, Dr. C. G., Systema processur judiciarii et communio et Saxonici in usum scholae ac fori scriptum. Post mortem auctoris denuv. edid. auxer. suppler. Dr. G. A. Siebdrat et D. A. O. Krug. II. Tomi. gr. 8 Berolini, Fröhlich et Comp. 3 Thlr.

Bornemann, Dr. W., Kammer-Ger. R., systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts mit Benutzung der Materien des allgemeinen Landrechts. 3r Bd. gr. 8. Berlin, Jones Verl. (Erscheint in Kurzem.) 2 Thlr.

Digitized by Google

Curtius, Dr. B. F., Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, 1r Thl. 3e vermehrte u. ergänzte Ausgabe. Besorgt von dem Stadtger. Rath Hänsel zu Leipzig. gr. 8. Leipzig, Schwickert. 1 Thlr. 12 gr. (15 Sgr.)

Droste-Hülshoff, Dr. B. A. v., Grundsätze des gemeinen Kirchenrechts der Katholiken und Evangelischen, wie sie in ganz Deutschland gelten. 2r Bd. 1e Abtheil., enthaltend den ersten Theil des innern Kirchenrechts. Zweite Aufl. gr. 8. Münster, Coppenrath. 1 Thlr. 12 gr. (15 Sgr.)

Essellen, M. F., Anleitung zur Anwendung derjenigen Vorschriften der Depositat-Ordnung, welche sich auf die Berechnung, Einziehung und Vertheilung der Bankzinsen beziehen. Mit Zinsen-Berechnungs- und Repartions-Tabellen 4. Arnsberg, Ritter. 11¼ Sgr.

Fritz, Dr. J. A., Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungeu zu v. Wennig Ingenheims Lehrbuch des allgem. Civilrechts. 3s Heft. gr. 8. Freiburg, Gebr. Groos.

Glück, Dr. C. F. von, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellefeld, fortgesetzt vom Geh. Justizrath Mühlenbruch. 38. Bd. Erlangen, Palm. 1 Thlr. 12 gr. (15 Sgr.)

Hafemann, E. F., Handbuch der Preuß. Stempelgesetzgebung für Justiz- und Verwaltungsbeamte. Mit Nachträgen und doppelten Registern versehen von Ring. gr. 8. Leipzig, Köhler. 1 Thlr. 16 gr. (20 Sgr.)

Handbüchlein der Gesetze und Verordnungen in Betreff der Pfand- und Leih-Anstalten in den Königl. Preuß. Staaten. gr. 8. Quedlinburg, Basse. 8 gr. (10 Sgr.)

Hüllmann, K. D., Ursprünge der römischen Verfassung durch Vergleichungeu erläutert. Bonn, Marcus. 20 gr. (25 Sgr.)

Jahrbücher der gesammten deutschen Literatur, in Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgeg. von Dr. F. Ch. K. Schunck. 1835. XXVI'. Bds. 1s—3s Hft. gr. 8. Neustadt, Wagner. 1 Thlr. 20 gr. (25 Sgr.)

Kayser, Crim. R., K. W., Sieben Sätze in Bezug auf Preußens transitorische Rechts-Gesetzgebung vom Jahre 1833 zu Veranlassung einer wissenschaftlichen Kritik derselben. Nebst einem Rechtsgutachten. gr. 8. Leipzig, Franke. geh. 4 gr. (5 Sgr.)

Klein, E. F., System des Preuß. Civilrechts, unter Benutzung der neusten Rechtsquellen und mit Hinweisung auf das gemeine Recht, neu bearbeitet vom Reg. Rath v. Rönne. 2 Bände. Zweite sehr verbesserte u. vermehrte Aufl. gr. 8. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses. (Der erste Band ist bereits erschienen. 4 Thlr. 18 gr. (22½ Sgr.)

Krinis, C., das Wissenswertheste aus der allgemeinen Ge- Gerichtsordnung, Th. I., II. und Anhang nebst den dahin

gehörigen neuen Gesetzen, Verordnungen und Ministerial-Verfügungen, in Fragen und Antworten für angehende Juristen und Laien zusammengestellt. gr. 8. Breslau, W. G. Korn. 1 Thlr. 12 gr. (25 Sgr.)

Kritz, Dr. P. L., Apell. R., das Pandektenrecht in Gemässheit durchgehender Exegese der Pandekten Justinians, in Verbindung mit dessen Codex und Novellen, unter den Rubriken der in den ersteren enthaltenen Titel dargestellt, nach den Erfordernissen einer zwekmäss. Gesetzgebuug und mit vergleichenden Hinweisuugen auf das Französische, Oesterreichische und Preusische Recht begleitet. gr. 8. Meissen, Klinkicht et Sohn.

Lehrbuch des subalternen Civildienstes, zum Selbstunterfür Militair-Versorgungs-Berechtigte aller Grade, für Referendarien und Civil-Supernumerarien. Mit speziellen Anweisungen, Beispielen und Formularen. Bearbeitet von mehreren Beamten und herausgegeben vom Reg. Rath Sieke. 2te Aufl. gr. 8. Berlin, W. Logier. 2 Thlr. 8 gr. (10 Sgr.)

Leue, Staatsprokurator, Theorie des Beweises im Preußischen Civilproceß. 1r Bd. Von Object und Subject des Beweises. gr. 8. Aachen, Mayer. 2 Thlr. 12 gr. (15 Sgr.)

Linde, J. T. B., Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses. Vierte verbesserte Ausg. gr. 8. Bonn, Marcus. 2 Thlr. 16 gr. (20 Sgr.)

Lynker, F., über die rechtliche Möglichkeit einem verbietenden Gesetze möglich zu entsagen. Nebst Gutachten der Juristen-Fakultät zu Heidelberg. gr. 8. Lpzg., Kollmann. geh. 8 gr. (10 Sgr.)

Meyerfeld, Dr. Fr. W. L. von, die Lehre von den Schenkungen, nach römischen Recht. 1r Bd. gr. 8. Marburg, Elwert. 2 Bände 3 Thlr. 8 gr. (10 Sgr.)

Provinzialgesetze und Statuten, die Ost- und Westpreußischen. Ein Leitfaden in Rechtsangelegenheiten für die Bewohner der Provinz Preußen. gr. 8. Glogau, Heymann. broch. 20 gr. (25 Sgr.)

Provinzialrecht, das, des Herzogthums Alt-, Vor- und Hinter-Pommern nach Ordnung des allgemeinen Landrechts dargestellt. Aus amtlichen Quellen bearbeitet. gr. 8. Stettin, Nicolaische Buchhandlung. 1 Thlr.

Rechtslexicon oder Encyclopädie der gesammten Rechtskunde. Herausgeg. von einer Gesellschaft von Rechtsgelehrten. 1s Hft. gr. 8. Altona, Hammerich. 12 gr. (15 Sgr.)

Rechts- u. Gerichtsverfassung der Preuß. Rhein-Provinz. Ein Leitfaden u. Unterrichtsbuch für die Anwohner des Rheins u. Diejenigen die mit ihnen in Geschäftsverbindung stehen. 2te Aufl. gr. 8. Glogau, Heymann 16 gr. (20 Sgr.)

Reinhard, Dr. C. F. v., Ergänzung zu C. F. v. Glücks Erläuterung der Pandekten. 2n Bandes 1e Abtheil. gr. 8. Stuttgart, Steinkopf.

Richter, Landger. Director, die Regulirung des Hypothekenwesens über die Wandeläcker oder sogenannten walzenden Grundstücke in dem mit den Preußischen Staaten vereinigten Herzogth. Sachsen. 4. Naumburg, Wild. 20 gr. (25 Sgr)

Richter. O. W. L., Repertorium der Königlich Preußischen Landesgesetze. Ein neues Hülfsbuch für sämmtliche Königliche Beamte, den Bürger und Landmann, enthaltend eine alphabetische Zusammenstellung aller Gegenstände der Gesetzgebung mit den darauf bezüglichen und noch gültigen Verordnungen und Erläuterungen. VI. Bd. gr. 8. Lpzg., Baumgärtners Buchhandl. 1 Thlr. 12 gr. (15 Sgr.)

Sachregister, vollständiges alphabetisches, der in den von Kamptzschen Jahrbüchern für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung enthaltenen Verordnungen, Rescripte, Publikanda und Abhandlungen, mit gleichzeitiger Hinweisung auf die sieben Bände der von dem Justiz-Commissarius Gräff herausgegebenen Sammlung der Verordnungen. Herausgeg. von H. Gräff. gr. 8. Breslau, Aderholz. geh. 1 Thlr. 4 gr. (5 Sgr.)

Sammlung sämmtlicher Gesetze, welche seit dem Jahre 1803 publicirt worden sind, und die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts, der Gerichts-, Criminal-, Hypotheken- und Depositalordnung, der Gebührentaxe und des Stempeledikts für die Preußischen Staaten abändern, ergänzen oder erläutern, nach den Materien zusammengestellt, nebst einem chronologischen Verzeichnisse derselben. 1e und 2e Abtheil. gr. 8. Naumburg, Zimmermann. Subscr. Preis à Abthl. 1 Thlr. 8 gr. (10 Sgr.)

Stute, F., die singulären Verjährungen des Preuß. Landrechts. 8. Paderborn, Crüwell et Rempel in Commission. geh. 10 Sgr.

Summarium juridicum, oder Allgemeine Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in Verbindung mit Mehreren herausgeg. von Emil Kind. 3r Bd. 1e Liefrg. pro 12 Lieferungen. gr. 8. Leipzig, Franke. Subscr. Preis 2 Thlr. 20 Sgr.

Ueber Ursprung, Wesen und Erfolg des Schiedsmanns-Instituts im Preuß. Staate. Zur Belehrung für Schiedsmänner u. Alle, welche davon Kunde nehmen wollen. 8. Berlin, Vereins-Buchhandlung. 4 gr. (5 Sgr.)

Zu Rhein, Dr. Fr., Zeitschrift für Theorie und Praxis des Baierischen Civil-Criminal- u. öffentlichen Rechts. 2s Hft. gr. 8. München, Franz. broch. 16 gr. (20 Sgr.)

Digitized by Google

Uebersicht

der neuesten juristischen Literatur vom 1. Juni bis 1. September 1835.

Annalen der deutschen und ausländischen Criminal- und Rechts-Pflege. Herausgeg. von dem Criminal-Director Dr. Hitzig in Berlin. 33s Heft, oder neue Folge 5r Band 1s Heft. gr. 8. Berlin, Dümmler 1 Thlr.

Bauer, Dr. A., Lehrbuch des Strafprocesses, gr. 8. Göttingen, Vandenhöck und Ruprecht 2 Thlr. 5 Sgr.

— — Strafrechtsfälle, 1r Bd. gr. 8. Ebend. 2 Thlr. 10 Sgr.

Baumstark, Dr. E., kameralistische Encyclopädie. Handbuch der Kameralwissenschaften und ihrer Literatur für Rechts- und Verwaltungs-Beamte, Landstände, Gemeinde-Räthe und Cameral-Kandidaten. gr. 8. Heidelberg, Groos geh. 4 Thlr.

Belehrungen über Gesetz und gerichtliches Verfahren in den preuß. Staaten für den Bürger und Landmann. Von einem praktischen Juristen. 1s Heft. gr. 8. Siegen, Friedrich. Subscriptions-Preis $7\frac{1}{2}$ Sgr.

Bischoff, Ritter Dr., merkwürdige Criminal-Rechtsfälle, für Richter, Gerichtsärzte, Vertheidiger und Psychologen herausgegeben. 2r Bd. gr. 8. Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung 2 Thlr. 25 Sgr.

Bornemann, Dr. W., Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. 3r Bd. gr. 8. Berlin, Jonas Verlagsbuchhandlung. Subscr. Pr. 2 Thlr. $27\frac{1}{2}$ Sgr. Der jetzt eingetretene Landenpreis ist 3 Thlr. 20 Sgr.

Corpus Juris Romani Antejustiniani. Consilio Professorum Bonnensium E. Böckingii, A. Beethmann Hollwegii, E. Puggaei curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. F. Barkovio, F. Blumio, G. Haenelio, G. Hefftero aliisque. Praefatus est E. Böckingius. Fasc. I. (Cont. Pars I.: Caius, Ulpianus Fragm. de J. Fisci, Pomponii, Modestini, Stemma cognatt., Maecianus, Balbus, Dositheus, Fragm. Vat., Collatio, Consult. vet. Jc. II.: Caius epit., Paulli sent.) 4 maj. Bonnae, Marcus, geh. 3 Thlr.

Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4te Ausgabe. 1r Thl. Neu ausgearbeitet. gr. 8. Göttingen, Vandenhöck und Ruprecht 4 Thlr.

Ergänzungen und Abänderungen der Preußischen Gesetzbücher oder Sammlung aller das Allgemeine Landrecht,

Digitized by Google

die Allgemeine Gerichts-, Criminal-, Hypotheken- und Deposital-Ordnung ergänzenden, abändernden und erläuternden Gesetze und Königlichen Verordnungen, verbunden mit einem Repertorium der Justiz-Ministerial-Rescripte und der in der Simon und von Strampffschen Sammlung von Rechtssprüchen der Preuß. Gerichtshöfe enthaltenen Judicate; nach den Materien der Gesetzbücher geordnet. In sechs Bänden. Mit Genehmigung eines hohen Justiz-Ministerii herausgeg. von A. J. Mannkopff. 8. Berlin, Nauckſche Buchhandl. (Der 1e und 2e Band sind erschienen.) 7 Thlr.

Friccius, Ritter Dr. L., das Preuß. Militair-Strafrecht, wie es besteht, systematisch dargestellt. gr. 12. Berlin, Nicolaische Buchhandlg. geh. 1 Thlr. 7½ Sgr.

Gerichtsordnung, allgemeine, für die preuß. Staaten. Neue unveränderte, mit dem Abdrucke der Ausgabe vom 1816 wörtlich übereinstimmende, Auflage. 3 Theile nebst Register. gr. 12. Berlin, Reimer 2 Thlr. 25 Sgr.

Göschel, K. F., Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsacten eines Juristen. Wissenschaftliches und Geschichtliches aus der Theorie und Praxis oder aus der Lehre und dem Leben des Rechts. 2r Theil. Enthält: Zur Philosophie und Theologie des Rechts und der Rechtsgeschichte. gr. 8. Schleusingen, Glaser 2 Thlr. 15 Sgr.

Handbuch der unentbehrlichsten, bei Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beobachtenden Gesetze, in alphabetischer Ordnung; ein Hülfsbuch für Richter, Notarien, Justiz-Sekretaire und Aktuarien in den Königlich Preuß. Staaten. Von einem praktischen Juristen. 8. Breslau, Schletter, geh. 20 Sgr.

Haus, J. J., Observations sur le projet de révision du Code pénal, présenté aux chambres Belges; suivies d'un nouveau projet. 1. Partie. gr. 8. Gand. (Bonn, Marcus) br. 1 Thlr. 10 Sgr.

Hettema, Ridder J. M. M, Jurisprudentia Frisica, of Friesche Regtkennis. Een handschrift uit de 15de eeuw. 1e Stuk. gr. 8. Leeuwarden, Schletsberg 1834 (Bremen, Kaiser) br. 2 Thlr.

Kaiser Karls des Fünften Peinliche Gerichts-Ordnung nebst der bamberger Halsgerichts-Ordnung, nach den Ausgaben von 1513 u. 1507 mit Angabe der Abweichungen der beiden Projekte der peinlichen Gerichts-Ordnung von 1521 u. 1529 und der brandenburgischen Halsgerichts-Ordnung, von 1516. Herausgeg. von Dr. R. Schmid. Zweite Ausgabe. gr. 8. Jena, A. Schmid. 22½ Sgr.

Kayser, K. W., Sieben Sätze in Bezug auf Preußens transitorische Rechts-Gesetzgebung vom Jahre 1833 zu Ver-

anlassung einer wissenschaftlichen Kritik derselben. Nebst einem Rechts-Gutachten. 8. Leipzig, Francke. geh. 5 Sgr.

Kirchhoff, J. H. W., Gesinde-Recht nach Grundsätzen des gemeinen und Preußischen Rechts und mit vorzüglicher Berücksichtigung der Provinzial-Gesetze und Statute in Neu-Vorpommern und Rügen. gr. 8. Stralsund, Hausschildt. geh. 17½ Sgr.

Klein, E. F., System des Preuß. Civilrechts unter Benutzung der neuesten Rechtsquellen und mit Hinweisung auf das gemeine Recht neu bearbeitet von Fr. v. Rönne und L. v. Rönne. 2e vermehrte Ausgabe. gr. 8. 1r Band. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses. 2 Bände 4 Thlr. 22½ Sgr.

Klüber, Dr. J. S., interessante Rechtsverhältnisse zwischen Christen und Juden als Religionspartheien betrachtet, insonderheit staatskirchenrechtliche und kirchenrechtliche Erörterungen der Fragen: I. über die Möglichkeit der Ehen zwischen Christen und Juden, sowie wegen einem dafür allgemein befriedigenden Kopulations-Ritual, dann II. hinsichtlich eines Verbotes der Beschneidung an unehlichen Knaben christl. Väter und jüdis. Mütter ꝛc. Ein Versuch. 8. Dinkelsbühl, 1834. (Leipzig, Central-Comptoir.) geh. 12½ Sgr.

Krull, A., Handbuch für den Preußischen Richter zum Gebrauch bei Ab- und Aufnahme letztwilliger Dispositionen. gr. 8. Breslau, Hentze. geh. 10 Sgr.

Leue, F. G., Theorie des Beweises im Preußischen Civil-Processe. 1r Band: Vom Objekt und Subjekt des Beweises. gr. 8. Aachen, Mayer 1 Thlr. 15 Sgr.

Linden, Dr. J., das österreichische Frauenrecht. 2 Bd. gr. 8. Wien, Gerold. geh. 2 Thlr. 10 Sgr.

Mühlenbruch, Dr. C. F., Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Nach der 3ten Auflage der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet. 1r Thl. gr. 8. Halle, Schwetschke u. Sohn. complet in 3 Theilen 4 Thlr.

Napoleons Gesetzbuch, oder das in den Königl. Preußischen Rhein-Provinzen geltende bürgerliche Recht. Uebersetzt von dem Justiz-Rath P. F. Eremer. 2e Aufl. 2te—5te Liefrg. gr. 8. Crefeld, Schüller. geh. 20 Sgr.

v. Posadowsky, das Hypotheken-Wesen des Großherzogthums Posen; in seinen Eigenthümlichkeiten dargestellt. gr. 8. Glogau, Heymann 1 Thlr. 20 Sgr.

Richter, O. W. L., Repertorium der Königlich Preußischen Landes-Gesetze. VII. Band. Die Gesetze und Verordnungen über die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse enthaltend. gr. 8. Leipzig, Baumgärtner. 2 Thlr. 15 Sgr.

Digitized by Google

Schiedsgericht, das neue, für die constitutionellen Staaten in Deutschland. gr. 8. Frankfurt a. M., Osterrieth. geh. 6½ Sgr.

Schildener, Beylage zu meiner Abhandlung: über die religiöse Gemeinschaft der alten Mitschwörenden unter einander und mit dem Prinzipal. Veranlaßt durch eine Recension in den Berliner Jahrbüchern für wissensch. Kritik. gr. 8. Greifswalde, Koch. 2½ Sgr.

Schrader, A., Repertorium der gesammten neueren Preuß. Gesetzgebung von 1806 bis Ende 1834, nach den verschiedenen Zweigen und Gegenständen der Verwaltung systematisch geordnet. gr. 4. Magdeburg, W. Heinrichshofen. 1 Thlr. 5 Sgr.

Sintenis, Dr. C. F. F., Pfandrechtliche Streitfragen. 1s Heft. gr. 8. Leipzig, Magazin für Industrie und Literatur. 15 Sgr.

Thiersch, Dr. B., Verfemung des Herzogs Heinrich des Reichen von Baiern durch die heimliche Acht in Westphalen. Ein vollständiger Vemproceß nach neuentdeckten Urkunden dargestellt. gr. 8. Essen, Bädeker. geh. 22½ Sgr.

Thöne, J. F., Ausführliches systematisches Handbuch des Preuß. Civilrechts. Erster Band: Abfassungsgeschichte des Allg. Land-Rechts und allgemeiner Theil, einschließlich der Lehre von dem Besitz und der Verjährung. Zweite Abtheil. gr. 8. Leipzig, Hahn'sche Verlagsbuchhandlung. 2 Thlr.

Wächter, Dr. C. G., Abhandlungen aus dem Strafrechte. 1r Bd. gr. 8. Leipzig, Weidemann'sche Buchhandlung. 1 Thlr. 22½ Sgr.

Wigand, Dr. P., die Provinzial-Rechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenberg in Westphalen, nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung; aus den Quellen dargestellt. 2 Bände. gr. 8. Leipzig, Brockhaus. 3 Thlr. 15 Sgr.

Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes in Verbindung mit vielen Gelehrten herausgegeben von Mittermaier und Zachariä. 7r Bd. 3 Hefte. gr. 8. Heidelberg, Mohr. 2 Thlr. 20 Sgr.

Zeitung, juristische, für das Königreich Hannover. Herausgegeben vom Justiz-Rath Dr. C. Schlüter und Advokat L. Wallis. 10r Jahrg. 1835. 2 Hefte à 12 Nummern. gr. 8. Lüneburg, Herold u. Wahlstab. 2 Thlr.
Alphabetisches Sachregister über den 7—9. Jahrg. Ebend. 5 Sgr.

Zeitung, juristische, für die Königl. Preuß. Staaten. 4r Jahrg. 1835. 52 Nummern nebst Beilagen. gr. 4. Berlin, Ed. Brandenburg. 4 Thlr.

Digitized by Google

v. Robbe, die Malletsche Frage und der Vogelsche Vertheidigungsversuch rechtlich erörtert. gr. 8. Oldenburg, Schulze'sche Buchhandlung. geh. 7½ Sgr.

Landrecht, Allgemeines, für die Preußischen Staaten. Unveränderter Abdruck der Ausgabe von 1821. 4 Bände und Register. gr. 12. Berlin, G. C. Nauck. 3 Thlr. 15 Sgr.

Mackeldey, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen deutschen Civilproceß, nebst einem Anhange, die Lehre von den summarischen Civilprocessen enthaltend. gr 8. Bonn, Marcus. 5 Sgr.

Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem Erbrechte. gr. 8. Tübingen, Osiander. 1 Thlr. 5 Sgr.

Mittermaier, Dr. M., über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Inaugural Dissertation. gr. 8. Heidelberg, Mohr. geh. 11½ Sgr.

Mühlenbruch, Dr. C. F., Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt. Dritte sehr veränderte und vermehrte Auflage. gr. 8. Greifswald, Mauritius. 3 Thlr. 15 Sgr.

Palm, J. C., kurzer Entwurf des Leibeigenthums-Rechts überhaupt, und insonderheit wie selbiges in der Grafschaft Hoya und einigen anderen Westphälischen Provinzen hergebracht ist; nebst einem Vorbericht, nach welchen Rechten und Gesetzen man sich eigentlich in der Grafschaft Hoya zu richten habe. 2te, mit allgemeinen Bemerkungen vermehrte Aufl. von dem Verfasser des Handbuchs des gesammten gemeinen Rechts in Deutschland. gr. 8. Hannover, Helwing'sche Hofbuchhandlung. 20 Sgr.

Rauter, Cours de procédure civile française, fait à la faculté de droit de Strasbourg. gr 8. Paris et Strasbourg, Levrault. broch. 2 Thlr. 26½ Sgr.

v. Reinhardt, Dr. C. F., Ergänzungen zu Dr. C. F. v. Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandekten. Zweiten Bandes 1e und 2e Abtheilung. gr. 8. Stuttgart, Steinkopf. 2 Thlr. 15 Sgr.

Riedel, Dr. L. M., Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts. 1r Beitrag: über die Dorfschulzen in den Ländern östlich der Elbe. gr. 8. Königsberg, Gebr. Bornträger. 1 Thlr. 5 Sgr.

Roßhirt, Dr. C. F., die Lehre von den Vermächtnissen nach Römischem Rechte. Erster und Allgemeiner Theil. gr. 8. Heidelberg. K. Groos. Zwei Theile. 5 Thlr.

Schenk, M., Beiträge zur Reform der Rheinischen bürgerlichen Gerichtsordnung. gr. 8. Bonn, Marcus. 1 Thlr.

Schmidt, J. F., Versuch einer systematisch geordneten Darstellung des Bergrechts im Königreich Böhmen. Aus authenthischen Quellen zum Gebrauche für Bergbauunternehmer,

Digitized by

Bergrichter, Bergbeamte und Bergarbeiter zusammengestellt. 2r Band. gr. 8. Prag, Haase Söhne. geheftet beide Bände. 4 Thlr.

Scholz III. J., Darstellung des Strafrechtsfalles gegen die Gräfin von Görtz-Weisberg, und mehre andere des Hochverraths Angeklagte, sammt Entscheidungen der Herzoglich Braunschweigischen Gerichte und einem Gutachten der Heidelberger Juristenfacultät. gr. 8. Lüneburg, Herold und Wahlstab. geh. 1 Thlr.

Schröter, L., Vermischte Aufsätze über streitige Rechtsmaterien des Allg. Landrechts. Erster Band. 1s Heft. 8. Berlin, F. Dümmler. geh. 25 Sgr.

Schübler, E., über die Creditgesetze der orientalischen, griechischen, römischen und germanischen Staaten. 8. Schwäb. Hall, Haspel. geh. $7\frac{1}{2}$ Sgr.

Schüßler, J., Erörterungen einiger praktischer Fragen aus dem Fuldaischen Partikularrechte. gr. 8. Fulda, Müller. geh. $4\frac{1}{2}$ Sgr.

Sickel, R., Repertorium über die in den Jahren 1802 bis mit 1834 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen. Erster Band. gr. 8. Leipzig, Gebr. Reichenbach. 1 Thlr. 25. Sgr.

Sietze, K. F. F., Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinets-Justiz in wesentlicher Differenz dargestellt. gr. 8. Potsdam, Riegel. geh. 2 Thlr.

Steinsdorff, J. A., Anleitung zum Registraturdienst im Allgemeinen; und insbesondere bei den Justiz-Behörden. Nebst einem Anhange den Mandats-, den summarischen und den Bagatell-Prozeß so wie die Führung der Erbschaftsstempel-Tabellen betreffend. Neue vermehrte Ausgabe. gr. 8. Berlin, Stuhr'sche Buchhandlung. 1 Thlr. 15 Sgr.

v. Struve, G., über das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse, oder über die Anwendung der Gesetze verschiedener Orte. gr. 8. Carlsruhe, Braun. 20 Sgr.

Thöl, Dr. H., Der Verkehr mit Staatspapieren aus dem Gesichtspunkt der kaufmännischen Speculation mit Berücksichtigung seiner juristischen Natur. gr. 8. Göttingen, Dietrichsche Buchhandlung. geh. 1 Thlr.

Ueber die Ablösung der Servitute und die dafür zu gebende Entschädigung. Herausgeg. von J. F. Rust. Erster Theil. 4. Magdeburg, Creutz'sche Buchhandlung. 1 Thlr. 10 Sgr.

Verhandlungen des Assisenhofes in Mainz, über die Giftmörderin Margaretha Jaeger und ihrer Mitschuldigen Sibilla Katharina Reuter zur Last gelegten Verbrechen. Nebst dem Portraite und einer kurzen Biographie der Margaretha Jaeger. gr. 8. Mainz, Kunze. 10 Sgr.

Digitized by Google

Im Verlage der Buchhandlung G. P. Aderholz in Breslau ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Das Preussische Jagd-Recht.

Aus den allgemeinen Landesgesetzen, den Provinzial-Jagd-Ordnungen, den Ministerial- und Regierungs-Verordnungen systematisch entwickelt

und mit Abdrücken der Provinzial-Jagdgesetze versehen von

C. W Hahn,
Justiz-Rath.

gr. 8. geh. 24 Bogen. Preis 1 Thlr. 15 Sgr.

Das Werk liefert die erste wissenschaftliche Bearbeitung einer in unserer juristischen Literatur bisher ganz vernachlässigten Materie. Die verschiedenartigen Bestimmungen der Provinzialgesetze über das Jagdwesen und die Jagdcontraventionen, welche aus 3—400 älteren und neueren Verordnungen aller preuß. Landestheile nach ihrer noch praktischen Gültigkeit sorgfältig ausgewählt worden, sind in ein System zusammengestellt, und mit den allgemeinen Lehren des Landrechts überall in Verbindung gesetzt. Der Verfasser handelt nach einer Einleitung über den Ursprung und die Regalität des Jagdrechts und über die Jagdgesetzgebung aller einzelnen Provinzen im ersten Abschnitte vom Jagdrechte überhaupt, dessen Umfang (jagdbare Thiere), Eintheilung, Erwerbung, weiterer Uebertragung und Verlust, von der Ausübung des Jagdrechtes, der Legitimation dabei, und den verschiedenen Jagdarten. Im zweiten und dritten Abschnitte sind die Jagdcontraventionen zuerst der Jagdberechtigten und dann der Nicht-Jagdberechtigten abgehandelt, erstere in Rücksicht der Zeit und Art, der Ausübung ihres Rechts (Schonzeiten überhaupt und bei den einzelnen Thieren, Anwendung der Gewehre, Hunde und der verschiedenen Jagd- und Fang-Arten, Pflichten gegen Nachbarn und Feldbesitzer, Jagdfolge ꝛc.) letztere mit der Abtheilung in eigentliche Jagdfrevel (durch Gewehre und Hunde, Ueberschreitungen der Rechte des Thierfangs und der Selbsthülfe, durch unbefugtes Jagen. Vogelstellen, Eier-Ausnehmen und Wildprethandel) und im Wild-

Digitized by Google

diebstahl mit dessen verschiedenen Arten. Der vierte Abschnitt betrifft die Jagddienste, Wolfsjagden und Wolfs-Prämien und im fünften sind die schwierigen Lehren vom Gerichtsstande und Gerichtsverfahren in Jagdsachen vor den verschiedenen Finanz- Polizeien und Gerichs - Behörden erörtert worden.

Dem Werke selbst sind die Beweisstellen über die Behauptungen des Verfassers in correcten Abdrücken der Jagdrechtlichen Titel aller Provinzial-Forderungen und aller sonst wichtigen Provinzial-Gesetze beigefügt, so daß die citirten Gesetzstellen sogleich nachgesehen werden können, ohne der in wenigen Händen befindlichen Sammlungen der Provinzialrechte zu bedürfen. Das beigefügte Register erleichtert den Gebrauch.

Bei dem Buchhändler Anton in Halle ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

(Gneist.) Die gerichtliche Arithmetik in Beziehung auf die Königl. Preußischen Gesetze. Ohne Gebrauch der Algebra und Logarithmen. gr. 8. 1824. 1 Thlr. 4 Gr. (5 Sgr.)

Wenn auch die gerichtliche Arithmetik bei weitem nicht von der Wichtigkeit wie gerichtliche Arzneiwissenschaft ist, so dürfte deßhalb der Werth und die Nothwendigkeit des Studiums dieser Disciplin nicht zu verkennen seyn. Der Verfasser hat auf höchst befriedigende Weise seine Aufgabe gelöst, mit Umsicht die wichtigsten Fälle ausgewählt, und so mit Klarheit und Faßlichkeit vorgetragen und erläutert.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google